



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/148074>

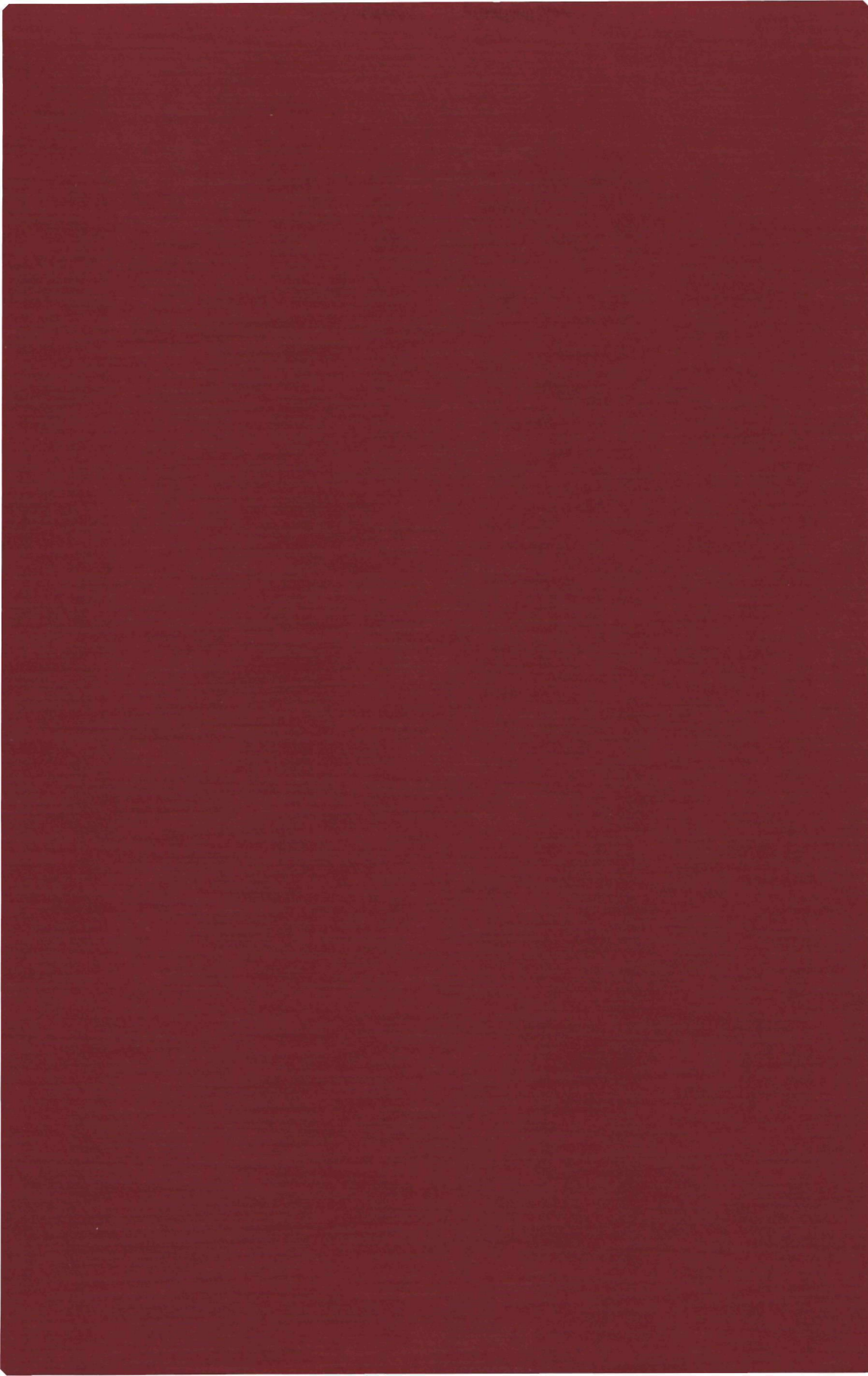
Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

2626

1

HET WILSGEBREK
MISBRUIK
VAN OMSTANDIGHEDEN

M.H.S. Lebens-de Mug



**HET WILSGEBREK
MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN**

Promotor: Prof. Mr W.C.L. van der Grinten

HET WILSGEBREK MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR IN DE
RECHTSGELEERDHEID
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN,
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF DR P G A B WIJDEVELD,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP VRIJDAG 25 SEPTEMBER 1981, DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

MARIA HELENA STEPHANIE LEBENS-DE MUG

GEBOREN TE TEGELEN

W.E.J. TJEENK WILLINK · ZWOLLE

**Dit werk verscheen tevens in een handelseditie onder
ISBN 90 271 1863 9**

Inhoud

Lijst van afkortingen	VIII
Inleiding	1
I. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN IN ONZE HUIDIGE WETGEVING	
Inleiding	5
1.1. Vernietiging van erkenning	6
1.2. Vernietiging van boedelscheiding	8
1.3. Pandrecht: verbod van toeëigening verkoop op eigen gezag	11
1.4. Koop op afbetaling van roerende goederen	13
1.5. Huurkoop onroerend goed	17
1.6. Colportage	18
1.7. Huur en Pacht	19
1.8. Arbeidsovereenkomst	21
1.9. Societas leonina	25
1.10. Formele schenking	27
1.11. Schenking tussen echtgenoten	29
1.12. Huwelijkse voorwaarden staande het huwelijk	32
1.13. Koop tussen echtgenoten	33
1.14. De arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten	34
1.15. Hulploon	35
1.16. Conclusie	37
Noten bij hoofdstuk I	38
II. DE RECHTSPRAAK OVER MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN	
Inleiding	43
2.1. Bovag II	44
2.2. Van Elmbt/Feierabend	49
2.3. Buma/Brinkmann	53
2.4. Bierafnamebeding	57
2.5. Weduwepensioen	62
2.6. Antilliaanse fraude	66
2.7. Bluijssen/Kolhorn	70

2.8. Hart van Afrika	73
2.9. Penterman/Handgraaf	76
2.10. Brandwijk/Bouw bureau Brandwijk BV	78
2.11. De ongeoorloofde oorzaak	80
2.12. M.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten	
A. Voorbeelden	82
B. Huidige jurisprudentie	84
C. De analoge toepassing van de artt.1371 jo. 1373 BW	87
Noten bij hoofdstuk II	88

III. DE RECHTSGEVOLGEN VAN MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN EN DE WERKING TEN OPZICHTE VAN DERDEN

3.1. Nietigheid ten gevolge van een ongeoorloofde oorzaak	94
3.2. Conversie	99
3.3. Werking van misbruik van omstandigheden ten opzichte van derden	103
Noten bij hoofdstuk III	107

IV. HET BEGINSEL VAN IUSTUM PRETIUM EN MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN

4.1. Omschrijving en afwijzing	111
4.2. De samenhang tussen het iustum pretium- beginsel en misbruik van omstandigheden	117
Noten bij hoofdstuk IV	119

V. ANDERE CONSTRUCTIES DAN DE OORZAAKCONSTRUCTIE

5.1. Misbruik van omstandigheden als vierde wilsgebrek	122
5.2. Zijn de klassieke wilsgebreken niet toereikend?	124
5.3. Misbruik van omstandigheden onder te brengen bij dwang?	126
5.4. Benadelende bedingen en contractsuitleg	128
5.5. De derogerende werking van de goede trouw	131
5.6. Conclusie met betrekking tot de besproken constructies	134
Noten bij hoofdstuk V	136

VI. MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN IN HET NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

6.1.	Korte historie	140
6.2.	Plaatsing van misbruik van omstandigheden als wilsgebrek in Boek 3, titel 2	143
6.3.	Art. 3 2.10, lid 4 de formulering van misbruik van omstandigheden in het Nieuw Burgerlijk Wetboek	145
a	Bijzondere omstandigheden	145
b.	Het begrip misbruik	149
c.	Het benadelingsvereiste	155
d.	'Door bijzondere omstandigheden zoals ...	159
	Conclusie	160
6.4.	Vernietiging in en buiten rechte	161
6.5.	Wijziging door de wederpartij of door de rechter in plaats van vernietiging	163
6.6.	Verjaring van het beroep in rechte en bevestiging van de rechtshandeling	165
	Noten bij hoofdstuk VI	167
Samenvatting		172
Summary		176
Lijst van de belangrijkste geraadpleegde literatuur		179
Rechtspraak		184
Curriculum vitae		186

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
A. - G.	Advocaat-Generaal
art.	artikel
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
blz.	bladzijde
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BW	Burgerlijk Wetboek
C. c.	Code civil
diss.	dissertatie
e. v.	en volgende
GO	Gewijzigd Ontwerp
HNJV	Handelingen Nederlandse Juristenvereniging
HR	Hoge Raad
K.	Koophandel
Ktg.	Kantongerecht
m. v. o.	misbruik van omstandigheden
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NGO	Nader Gewijzigd Ontwerp
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
o. g.	onroerend goed
par.	paragraaf
P. - G.	Procureur-Generaal
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
RO	Regeringsontwerp
SS	Schip en schade
Stb.	Staatsblad
t. a. p.	te aangehaalde plaatse
VR	Verkeersrecht
W	Weekblad van het recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie

Inleiding

1. Een aantal jaren is verstreken sedert P. A. Stein en na hem C.J. van Zeben een dissertatie wijdde aan misbruik van omstandigheden.

Zowel in de jurisprudentie als in de wetgeving heeft zich sindsdien een zo belangrijke ontwikkeling van het vitium misbruik van omstandigheden voltrokken, dat, naar het mij voorkomt, een nieuwe studie daaromtrent zinvol kan zijn.

Het basismateriaal van waaruit mijn beide voorgangers hun onderzoek verricht hebben, is aanmerkelijk geringer van omvang dan hetgeen thans voorhanden is. Weliswaar was reeds in 1954 een Ontwerp van Wet tot vaststelling van Boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek aan de Tweede Kamer aangeboden, maar de tekst van de daarin opgenomen bepalingen omtrent misbruik van omstandigheden heeft in het Gewijzigd Ontwerp van Wet aanzienlijke wijzigingen ondergaan.

De jurisprudentie aangaande het onderhavige onderwerp stond aan het einde van de jaren vijftig nog in de kinderschoenen. Veelal wordt in de literatuur het arrest Bovag II als uitgangspunt gekozen, daar de Hoge Raad in dat arrest voor het eerst expliciet uitsprekt, dat een overeenkomst waardoor de ene partij ten gevolge van een wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen met een ernstig nadeel wordt belast, 'een ongeoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere invloeden welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, met name wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder den druk van omstandigheden waarvan zijn mede-contractant misbruik maakte'.

De rechtspraak is op de ingeslagen weg voortgegaan. In de jaren zestig en zeventig heeft de Hoge Raad een aantal belangwekkende arresten met betrekking tot misbruik van omstandigheden gewezen waarin de contouren van dit begrip duidelijker worden omlijnd. Ook in de rechtsliteratuur is een toenemende belangstelling te constateren. Met name in tijdschriften zoals het NJB en het WPNR zijn regelmatig artikelen over bepaalde aspecten van misbruik van omstandigheden verschenen. Deze publicatievorm brengt echter een zekere beperktheid met zich mee, daar het uiteraard niet mogelijk is in een tijdschriftartikel het onderwerp in zijn volle omvang tot zijn recht te laten komen. De onderhavige studie heeft derhalve mede ten doel de versnipperde literatuur met betrekking tot onderdelen van het onderwerp van onderzoek te ordenen en in haar

totaliteit te beschouwen.

2. In deze studie zullen de aard en de inhoud van het rechtsbegrip misbruik van omstandigheden worden onderzocht.

Algemeen wordt erkend, dat een rechtshandeling die totstandgekomen is onder invloed van misbruik van omstandigheden, op grond daarvan aantastbaar is. Er bestaat echter geen communis opinio over de weg die daartoe gevolgd dient te worden. De Hoge Raad heeft in het Bovag II-arrest gekozen voor de constructie van de ongeoorloofde oorzaak: een overeenkomst bij de totstandkoming waarvan misbruik van omstandigheden is gemaakt, ontbeert een geoorloofde oorzaak. Daarentegen construeert het NBW misbruik van omstandigheden als een vierde wilsgebrek naast de klassieke wilsgebreken dwang, dwaling en bedrog.

Misbruik van omstandigheden bestaat uit drie elementen: misbruik, omstandigheden en benadeling. De aanwezigheid van deze drie elementen is vereist voor de mogelijkheid van een beroep op de ongeldigheid van een rechtshandeling. De volgende vragen komen in deze dissertatie aan de orde:

- welke omstandigheden zijn rechtens relevant?
- waar ligt de grens tussen enerzijds het gebruik maken en anderzijds het misbruik maken van de omstandigheden waarin de handelende verkeert?
- waarom moet benadeling als een bestaansvereiste voor misbruik van omstandigheden worden beschouwd?

3. Alvorens in te gaan op de aard en de inhoud van misbruik van omstandigheden, wordt in hoofdstuk I een aantal wetsbepalingen besproken die op enigerlei wijze verband houden met deze rechtsfiguur.

In hoofdstuk II bespreek ik de rechtspraak van de Hoge Raad inzake misbruik van omstandigheden. Uitspraken van de lagere rechtspraak worden verspreid over de verschillende hoofdstukken aangehaald.

De rechtsgevolgen van misbruik van omstandigheden komen in het derde hoofdstuk aan de orde. Daarbij wordt ingegaan op vraagstukken als partiële nietigheid en conversie.

Hoofdstuk IV beschouwt de verhouding van misbruik van omstandigheden tot het beginsel van *iustum pretium*.

Terwijl de constructie van de ongeoorloofde oorzaak wordt besproken in hoofdstuk II in het kader van de jurisprudentie van de Hoge Raad komen in het vijfde hoofdstuk andere denkbare constructies aan de orde. Voorts tracht ik daar misbruik van omstandigheden af te zetten tegenover de drie klassieke wilsgebreken.

Hoofdstuk VI tenslotte bevat een commentaar op de bepalingen omtrent misbruik van omstandigheden in het NBW. De onderling

verschillende teksten van het Ontwerp-Meijers, het Regeringsontwerp en het Gewijzigd Ontwerp worden besproken, terwijl daarbij enkele redactiewijzigingen worden voorgesteld.

Deze inleiding moge beëindigd worden met het uitspreken van de wens dat art. 3.2.10, lid 4 e.v. spoedig geldend recht zal zijn.

Bij de Wetten van 9 mei 1980, Stb. 430, 431 en 432 zijn boek 3, boek 5 en boek 6 NBW vastgesteld. Elk der thans vastgestelde wetten bevat een bepaling dat inwerkingtreding nader bij wet wordt geregeld. Daarmee treedt nu de fase van de invoeringswetgeving in.

I. Misbruik van omstandigheden in onze huidige wetgeving

Inleiding

In ons geschreven recht komen verscheidene bepalingen voor die verband houden met misbruik van omstandigheden ('m.v.o.'). Dit is niet beperkt tot het BW. Ook buiten dit wetboek zijn duidelijke sporen te vinden. Te denken valt hierbij aan de Pachtwet, de Wet op de Colportage, de Octrooiwet en het Wetboek van Koophandel (555 K.). Deze opsomming heeft allerminst de pretentie volledig te zijn. Ik beperk mij tot enige van de meest in het oog lopende voorbeelden.

In het BW is in diverse bepalingen de vrees van de wetgever voor misbruik van geestelijk of economisch overwicht dan wel noodtoestand door één van de contractspartijen terug te vinden. Verwezen moge worden naar art. 1672 (de *societas leonina*), de bepalingen over koop en schenking tussen echtgenoten (artt. 1503 en 1715), een aantal bepalingen over huur en huurkoop (1584-1636b en 1576-1576x), het bepaalde in 1637-1639x over de arbeids-overeenkomst en enkele artikelen in het personen- en familierecht (71 en 225 boek 1 BW) en in het erfrecht (951-954 BW). De vraag is of en in hoeverre bij de bovengenoemde regelingen vrees voor m.v.o. voor de wetgever de reden gevormd heeft ze in de wet op te nemen. In dit hoofdstuk wil ik verscheidene wetsartikelen bespreken om aan dit vraagstuk nadere overwegingen te wijden.

In sommige artikelen zou men naast of in plaats van m.v.o. onder meer kunnen denken aan een bescherming tegen dwaling of aan het beginsel van *iustum pretium* als achterliggende gedachte. De wetgever heeft in een aantal regelingen niet de mogelijkheid gegeven om een specifieke rechtshandeling achteraf aan te tasten, indien de rechtshandeling onder invloed van m.v.o. tot stand is gekomen, maar heeft van meet af aan getracht te voorkomen dat er misbruik gemaakt zou kunnen worden door een contractspartij, bijvoorbeeld door voor een rechtshandeling een bepaalde vorm te eisen (formele schenking en huurkoop).

Aandacht zal worden besteed aan de vraag welke gedachten aan enkele bepalingen in ons geschreven recht ten grondslag liggen en hoe de wetgever getracht heeft ongewenste verschijnselen te voorkomen.

Als eerste zal artikel 225, lid 1, boek 1 BW worden besproken. Dit artikel noemt als enige in onze huidige wetgeving m.v.o. expliciet

als grond voor vernietiging.

In de andere nader te bespreken artikelen kan m.v.o. een rol spelen als achterliggende gedachte. Deze wettelijke bepalingen worden slechts gezien in verband met de vraag in hoeverre de gedachte aan m.v.o. op deze bepalingen van invloed kan zijn geweest zonder dat daarbij wordt ingegaan op het wezen van begrippen als boedelscheiding, huurkoop, colportage, hulploon e.a. Aan de historische achtergronden en verbandingen met andere rechtsbegrippen, buitenlandse rechtsstelsels en internationaal recht, wordt in deze studie voorbijgegaan.

1.1. Vernietiging van erkenning (art. 225, boek 1 BW)

Ingevolge art. 224, lid 1 sub c, boek 1 BW is een erkenning, gedaan door een minderjarige die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, tenzij op de dag van zijn huwelijk, nietig. In tegenstelling tot het daarop volgende artikel is volgens deze bepaling de erkenning van rechtswege nietig, zonder dat een wilsgebrek behoeft te worden aangetoond. De minderjarige, die nog geen achttien jaar is, is onbekwaam een kind te erkennen. Art. 224, lid 1 sub c kan evenals art. 1366 BW behalve als een bescherming van de minderjarige tegen zichzelf ook als een bescherming van de minderjarige tegen misbruik van zijn onervarenheid worden beschouwd. In dit licht gezien is de rechtsfiguur 'handelingsonbekwaamheid' nauw verweven met m.v.o., zij het dat voor een vernietiging op grond van handelingsonbekwaamheid noch nadeel noch misbruik behoeft te worden aangetoond. (1).

Art. 225, lid 1, boek 1 BW luidt: 'Vernietiging van een erkenning, waartoe de man die haar gedaan heeft, door bedreiging, dwaling, bedrog of tijdens zijn minderjarigheid, door misbruik van omstandigheden is bewogen, kan worden gevorderd door degene, die de erkenning heeft gedaan, of na zijn dood, door een of meer van zijn erfgenamen. De rechtsvordering kan niet worden ingesteld, in geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden, later dan zes maanden, nadat deze invloed heeft opgehouden te werken en in geval van bedrog of dwaling later dan zes maanden nadat de eiser het bedrog of de dwaling ontdekt heeft; overlijdt degene die de vernietiging kan vorderen voor de afloop van de hem gestelde termijn, dan eindigt voor zijn erfgenamen de termijn niet voordat zes maanden na zijn overlijden zijn verstreken'.

Verwonderlijk is het niet dat dit artikel het enige in het BW is waarin m.v.o. expliciet genoemd wordt, daar immers boek 1 een onderdeel vormt van het NBW, waarin m.v.o. in art. 3.2.10, lid 4 als algemeen wilsgebrek is opgenomen.

Heeft art. 225, lid 1 naast art. 3.2.10, lid 4 wel zin, daar het NBW de mogelijkheid opent om in principe alle rechtshandelingen

op grond van m.v.o. aan te tasten? Deze vraag kan bevestigend beantwoord worden: in de eerste plaats, zolang het NBW nog niet in zijn geheel is ingevoerd, is een speciale regeling zoals bij erkenning gewenst en voorts wordt in art. 225, lid 1 de mogelijkheid tot het vorderen van vernietiging op grond van m.v.o. beperkt tot de minderjarige. De ratio van deze beperking is waarschijnlijk gelegen in de bescherming van het erkende kind (2). Een meerderjarige zal ook in de toekomst niet op grond van art. 3.2.10, lid 4 kunnen ageren, daar art. 225, lid 1 een lex specialis ten aanzien van eerstgenoemd artikel is. De wetgever heeft blijkbaar, al dan niet terecht, de belangen van het kind laten prevaleren.

Ook vóór 1 januari 1970 kenden we een bepaling die dezelfde geest ademde: art. 338 sub b BW (oud). Dit artikel luidde: 'Erkenning is nietig, indien zij door een minderjarige tengevolge van verleiding is gedaan'. In de oude tekst wordt in geval van 'verleiding' de erkenning nietig in plaats van vernietigbaar genoemd. Indien men bedenkt dat de wetgever nimmer erg vast in zijn nulliteitsterminologie is geweest, behoeft daaraan niet teveel aandacht te worden geschonken (3). Mijs inziens is in art. 225, lid 1, boek 1 BW terecht voor vernietiging gekozen, daar het NBW m.v.o. evenals dwang, dwaling en bedrog als wilsgebrek construeert.

Het betreft hier een vernietiging, op grond van m.v.o., van een éézijdige rechtshandeling. Hoewel in de recente jurisprudentie een dergelijk geval niet aan de orde komt, breidt het NBW het wilsgebrek uit tot alle rechtshandelingen.

Wat dient te worden verstaan onder m.v.o. in art. 225, lid 1? Om dit te achterhalen dient het begrip 'verleiding' zoals het voorkwam in art. 338 BW (oud) te worden uitgediept. Bij de invoering van het nieuwe boek 1 werd de term 'verleiding' vervangen door 'misbruik van omstandigheden' en 'dwang' door 'bedreiging'.

Algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat hiermee geen materiële wijziging werd beoogd, maar slechts aanpassing aan art. 3.2.10 NBW (4). Ingevolge de woorden van de minister van justitie, uitgesproken bij de totstandkoming van de nieuwe Kinderwet 1957 (5) diende 'verleiding' begrepen te worden in de zin van onbehoorlijke beïnvloeding, het Engelse 'undue influence'. Evenals in art. 225 BW (nieuw) kon op grond van art. 338 BW (oud) slechts een minderjarige wegens verleiding vernietiging vorderen, zoals reeds dáárvoor onder art. 337 BW (oud). Zoals gezegd, de meeste schrijvers nemen de opvatting van de toenmalige minister over en verstaan onder 'misbruik van omstandigheden' undue influence. Ik verzet mij tegen deze te beperkte uitleg. Het begrip 'undue influence' is naar Nederlands recht te vergelijken met de categorie 'misbruik van geestelijk overwicht', waartoe zowel misbruik van relatieve afhankelijkheid als misbruik van lichtzinnigheid, onervarenheid, onkunde en leeftijd te rekenen is (6). Er dienen die gevallen van m.v.o. onder te worden begrepen, waarin de misbruiker zijn wederpartij op onbehoorlijke wijze beïnvloedt.

Het is mijns inziens niet juist dat uitsluitend in geval van misbruik van deze soort van omstandigheden door een minderjarige vernietiging kan worden gevorderd. Naast misbruik van geestelijk overwicht is misbruik van noodtoestand denkbaar. Ik versta onder laatstgenoemde categorie het misbruiken van een situatie, waarin de benadeelde gevaar voor lijf, leven, eer of integriteit heeft te duchten zonder dat daarbij sprake is van bedreiging, daar de gevaarssituatie niet door een persoon, maar door de omstandigheden wordt veroorzaakt. Met name kan gedacht worden aan chantage, hetgeen eerder tot misbruik van noodtoestand dan misbruik van geestelijk overwicht gerekend dient te worden. Ook in dit geval behoort de minderjarige vernietiging van de erkenning te kunnen verkrijgen. Overigens wordt chantage ook wel als dwang beschouwd. Art. 225, lid 1 beperkt de bevoegdheid vernietiging te vorderen tot zes maanden nadat de invloed heeft opgehouden te werken, of voor de erfgenamen, tot zes maanden na het overlijden van de erf-later, indien de invloed tot diens dood voortduurde. Het is niet eenvoudig vast te stellen wanneer de invloed is opgehouden te werken en of derhalve de termijn verstreken is.

Ofschoon in het wetsontwerp 15417 inzake de verlaging van de meerderjarigheidsleeftijd tot 18 jaar, in art. 224, lid 1 sub c de zinsnede 'die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt' vervalt, blijft art. 225, lid 1 ongewijzigd. Indien men er van uit mag gaan dat het niet om een omissie in het wetsontwerp gaat, dan moet worden geconstateerd, dat voor de toepassing van art. 225, lid 1, in geval van m.v.o., een uiterst geringe toepassingsmogelijkheid overblijft. Slechts indien een minderjarige (iemand die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt) op de dag van zijn huwelijk onder invloed van m.v.o. erkent, is de handeling op grond van art. 225, lid 1 vernietigbaar.

1.2. Vernietiging van boedelscheiding (art. 1158 BW)

Boedelscheiding is een rechtshandeling sui generis; er zijn zowel obligatoire als zakenrechtelijke aspecten aan deze rechtsfiguur te onderkennen (7). In de obligatoire fase is het denkbaar dat de afspraak over de later volgende toedeling onder invloed van m.v.o. tot stand gekomen is. De vraag rijst, welke invloed m.v.o. heeft op de geldigheid van de boedelscheiding.

Art. 1158, eerste lid BW bepaalt:

Boedelscheidingen kunnen worden teniet gedaan:

1. ter zake van dwang
2. ter zake van bedrog, door een of meer deelgenoten gepleegd
3. ter zake van benadeling, meer dan een vierde gedeelte bedragende.

Welke gedachte ligt aan de vernietiging wegens benadeling, meer

dan een vierde bedragende, ten grondslag?

De term 'benadeling' zou kunnen wijzen op het beginsel van iustum pretium. Van verschillende zijden wordt verdedigd, dat art. 1158 BW een uitvloeisel is van het streven van de wetgever naar gelijkheid van de boedelgenoten (8). Vanuit die gedachte zou verdedigd kunnen worden, dat de onevenredigheid van de aandelen op zichzelf reeds ongeoorloofd is, uit welke beweegreden die onevenredigheid ook ontstaan is. Dit zou tot gevolg hebben, dat opzettelijke bevoordeling (uit vrijgevigheid) - een materiële schenking - bij boedelscheiding aantastbaar zou zijn, althans indien het meer dan een vierde gedeelte betrof. Ook het welbewust aanvaarden van het risico dat zijn aandeel wel eens tegen zou kunnen vallen, - de boedelscheiding kan dan het karakter van een kanscontract hebben - zou intolerabel zijn. Art. 1158 BW als uiting van het iustum pretium-beginsel wordt echter niet aanvaard (9). Dit moge blijken uit een uitspraak van het Hof Arnhem 29-3-1960, NJ 1960, 518: 'Er is geen reden tot nietigverklaring van een scheiding, wanneer de eiser desbewust zijn onderbedeling met meer dan 1/4 heeft gewild. De gedaagde moet deze desbewustheid bewijzen'. In deze zin luidt ook een uitspraak van de Rb. Rotterdam (10). Onevenredigheid is verboden, tenzij de benadeelde partij willens en wetens de benadeling op zich heeft genomen, hetgeen door gedaagde aangetoond dient te worden.

Indien het iustum pretium-beginsel niet de ratio van art. 1158 BW is, op welke grondslag berust de bepaling dan wel? Er kan globaal onderscheiden worden tussen enerzijds een categorie schrijvers die art. 1158 BW eng interpreteert en anderzijds een categorie die een ruime opvatting huldigt. De eerstgenoemde groep is van oordeel, dat slechts indien de benadeling het gevolg is van een dwaling aan de zijde van de benadeelde, een beroep op art. 1158 BW openstaat (11). Dit betekent dat de bevoegdheid tot vernietiging alleen aanwezig is, als de benadeelde ten tijde van de scheiding een onjuiste voorstelling van zaken had, derhalve niet wist dat hij werd benadeeld. Indien een onevenredige verdeling door m.v.o. wordt afgedwongen, draagt de benadeelde veelal wel kennis van zijn benadeling. Door de schrijvers die dwaling als uitgangspunt voor de vernietiging nemen, wordt m.v.o. bij boedelscheiding onder een andere rechtsingang dan art. 1158, eerste lid sub 3 BW gebracht.

Het gegeven dat de wetgever, in plaats van de gebruikelijke trits dwang, dwaling en bedrog, in art. 1158 BW dwang, bedrog en benadeling als vernietigingsgronden noemt, wordt vaak als argument gebruikt om te poneren, dat het onaannemelijk is dat hier dwaling en benadeling synoniemen zijn. Met dit argument wordt dan een ruime opvatting van art. 1158 BW bepleit: ook benadeling ten gevolge van m.v.o. valt onder deze bepaling (12).

Van Zeben (13) volgt deze gedachtengang niet: hij acht dwaling de grondslag van art. 1158 BW, daar het niet waarschijnlijk is, dat de wetgever van 1838 zich een duidelijke voorstelling van m.v.o.

heeft gemaakt. Hij merkt hier echter bij op: 'Intussen dient te worden bedacht, dat, hoewel de grondslag van de bepaling in dwaling of m.v.o. moet worden gezocht, het artikel slechts benadeling eist'. Geheel en al verenigen met deze uitspraak kan ik mij niet. Benadeling alleen is niet voldoende. Reeds diverse malen is in de jurisprudentie uitgesproken, dat degene die desbewust de benadeling wilde de bevoegdheid mist om later vernietiging te vragen. In 1970 onderschreef de HR de stelling van het Hof dat de vernietigingsbevoegdheid in beginsel slechts aanwezig is, indien men ten tijde van de scheiding niet op de hoogte was van de benadeling (14). De HR voegde daar evenwel aan toe dat het feit dat de benadeelde wetenschap van de benadeling bezat, niet onder alle omstandigheden vernietiging uitsluit. Luijten, deze woorden van de HR een cryptisch voorbehoud noemend, denkt in dit geval aan m.v.o. naast dwaling, maar betreurt dat er in het arrest niet iets méér over is gezegd. Ik kan slechts hopen, dat ons hoogste rechtscollege met 'onder alle omstandigheden' niet doelt op m.v.o. Mijns inziens behoort, in geval van m.v.o. bij het tot stand komen van de boedelscheiding, niet vernietiging ex art. 1158, eerste lid sub 3 te worden gevorderd. Een algemene actie op grond van m.v.o. acht ik meer op zijn plaats (15). Het knelpunt is m.i. gelegen in het vereiste dat voor een beroep op art. 1158, eerste lid sub 3 BW de benadeling tenminste één vierde gedeelte moet bedragen. Aangezien het benadelingsvereiste bij m.v.o. nu juist in betekenis afneemt - in die zin dat een bepaalde mate of vorm van nadeel niet nodig is - komt het niet juist voor, indien bij de rechtsfiguur boedelscheiding wel vorm en omvang worden vastgesteld. Wat indien het door m.v.o. veroorzaakte nadeel minder dan 1/4 gedeelte bedraagt? Zouden er soms twee vorderingen toegestaan zijn: één ex art. 1158 BW, indien meer dan een vierde en een algemene actie, indien minder dan een vierde?. Dit is nauwelijks aannemelijk. Het komt mij als strijdig met de bedoeling van de wetgever voor, indien men, hoewel de wet een bepaalde mate eist, toch bij iedere mate van nadeel een actie toelaat.

Als er van wordt uitgegaan, dat op grond van benadeling door m.v.o. ontstaan, niet uit art. 1158 BW geageerd kan worden, hoe dient dan een boedelscheiding waarbij sprake is van m.v.o. te worden aangetast? In het algemeen verklaart de jurisprudentie een zodanige rechtshandeling in strijd met de goede zeden, dus nietig. De artt. 1371 jo. 1373 BW zijn weliswaar geschreven voor de obligatoire overeenkomsten, maar ook de boedelscheiding dient een geoorloofde oorzaak te hebben (16). Analoog aan de jurisprudentie over m.v.o. bij obligatoire overeenkomsten kan de door m.v.o. tot stand gekomen boedelscheiding in strijd met de goede zeden worden geacht (17). Ik acht het juist dat in de literatuur m.v.o. wordt uitgebreid tot andere rechtshandelingen dan uitsluitend obligatoire overeenkomsten (18), zoals dat ook in het NBW gebeurt.

Als bezwaar tegen deze constructie kan aangevoerd worden dat de benadeelde wiens bescherming beoogd wordt, slechter af is met een dergelijke algemene actie dan met de speciale regeling ex art. 1158 BW. Een beroep op m.v.o. brengt immers het stellen en bewijzen van een ongeoorloofd gebruik van de omstandigheden waarin de handelende verkeerde met zich mee. Hierbij dient echter bedacht te worden dat de factoren 'misbruik', 'omstandigheden' en 'nadeel' als een samenhangend geheel worden beschouwd, zodat door het bestaan van een duidelijk nadeel 'misbruik' en 'omstandigheden' vrij spoedig aanwezig kunnen worden geacht. Voorts dient het bewijs van m.v.o. bij elke rechtshandeling geleverd te worden, wil het beroep gehonoreerd worden. Er zijn naar mijn mening geen argumenten te vinden, waarom de bewijslast van een boedelgenoot lichter dient te worden gemaakt.

1.3. Pandrecht: verbod van toeëigening (art.1200 BW) verkoop op eigen gezag (art.1201 BW)

Het zakelijk zekerheidsrecht pand vindt zijn regeling in de artt. 1196 - 1206 BW. In enkele bepalingen is het streven van de wetgever om te voorkomen, dat de pandhouder misbruik zou maken van de omstandigheden waarin de pandgever ten tijde van de totstandkoming van het pandcontract verkeert, te herkennen. Pand is een accessoir recht, meestal gekoppeld aan een geldlening. Zonder enige wettelijke ver- en geboden zou een misbruik door de pandhouder van zijn sterkere positie licht kunnen voorkomen.

Indien de debiteur in geldnood verkeert, heeft de pandhouder een economisch overwicht. Dit overwicht zou de crediteur kunnen misbruiken door benadelende bedingen aan de pandgever op te leggen. Ik denk hierbij met name aan het beding, inhoudende de bevoegdheid om de verpande zaak in eigendom te behouden, in het geval dat de debiteur zijn verplichtingen niet nakomt, en voorts aan bedingen waarin de verkoop van het pand op dusdanige wijze geregeld is, dat er geen enkele garantie is voor een enigszins - in verhouding tot de waarde - reële opbrengst. Dit soort benadelingen tracht de wetgever in de artt.1200 en 1201 BW te voorkomen.

Art.1200 BW luidt: 'De schuldeischer mag, ingeval de schuldenaar of de pandgever niet aan zijne verplichtingen voldoet, zich het pand niet toeëigenen. Alle hiermede strijdende bedingen zijn nietig'.

Art.1223, eerste lid behelst hetzelfde verbod ten aanzien van de hypothecaire schuldeiser.

Waaruit bestaat de benadeling van de pandgever, indien zulk een beding wel was toegestaan? Het is gebruikelijk dat de verpande zaak een belangrijk hogere waarde heeft dan de vordering die door het pandrecht gezekerd is. Indien het aan de pandhouder bij wanbetaling door zijn debiteur werd toegestaan het pand als betaling te behouden, zou hij voordeel trekken uit de geldnood van de ander.

Gewetenloze geldschietters zouden kunnen speculeren op wanbetaling door hun debiteur. Zij zijn in staat het lot een handje te helpen door de debiteur meer krediet dan verantwoord is, te verstrekken en door zich vervolgens reeds bij geringe wanbetaling het pand toe te eigenen. Ook Pitlo (19) denkt hierbij aan m.v.o., getuige de volgende zinsnede: 'Stond een dergelijke clause ter beschikking van partijen, dan zou hij die geld nodig heeft en daarvoor het pand aanbiedt, zich tegen een aspirant-geldschieder die deze clause eist, niet kunnen verzetten; hij is immers de mens die in de knoei zit en blij moet zijn als iemand hem nog lenen wil, onder welke bezwarende condities ook'.

De HR besliste in 1929 (20), dat partijen wel, indien de debiteur eenmaal in verzuim is, mogen overeenkomen dat de pandhouder de verpande zaak in betaling zal aannemen. Deze uitspraak is alleszins begrijpelijk, daar er in een dergelijk geval geen sprake is van m.v.o. De debiteur heeft de vrije keuze tussen executie van het pand door de pandhouder en het alternatief van in betaling nemen. Ook in het geval van fiduciaire eigendomsoverdracht zal de tot zekerheid overgedragen zaak veelal een hogere waarde hebben dan de gezeekerde vordering. Formeel is de schuldeiser eigenaar, zodat hij zijn eigendom kan opeisen indien de schuldenaar in gebreke blijft. Een dergelijke opvatting miskent echter de aard van fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidsrecht. Algemeen wordt aangenomen dat de wettelijke bepalingen omtrent de openbare verkoop door de pand- en hypotheekhouder analoog dienen te worden toegepast.

Sinds 1874 (21) komt aan de pandhouder het recht van eigenmachtige verkoop toe. Deze bevoegdheid houdt in, dat de pandhouder zonder rechterlijke tussenkomst in het openbaar kan doen verkopen, wanneer partijen niet anders zijn overeengekomen. Aan de woorden 'wanneer partijen niet anders overeengekomen zijn' gaf de HR de volgende uitleg (22): Wel toegestaan is het om het recht van parate executie uit te sluiten, zodat de pandhouder als elke andere crediteur rechterlijke tussenkomst nodig heeft, echter niet om de verkoop op andere wijze te regelen bijv. onderhandse verkoop toe te staan.

Deze uitleg wijst op een streven m.v.o. te voorkomen. Indien het de partijen vrijstond van art. 1201 BW in die zin af te wijken, dat onderhandse verkoop door de pandhouder bedongen werd, zou een dergelijke clause licht tot stand kunnen komen door ongeoorloofde druk van de pandhouder op zijn debiteur die uit geldnood wellicht in de clause zou moeten toestemmen (23). Indien de debiteur eenmaal in gebreke is, staat het partijen - op gelijke wijze als bij het verbod van toeëigening vermeld - weer vrij om alsnog onderhandse verkoop overeen te komen. In dat geval behoeft de debiteur immers niet op het verzoek van de pandhouder in te gaan (24). In het NBW vinden we een nagenoeg zelfde regeling terug. Art. 3.9.1.7 verbiedt elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder

de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen. Art. 3.9.2.11 NBW gebiedt verkoop in het openbaar. In art. 3.9.2.10 NBW wordt een extra bescherming aan de debiteur gegeven, die in het huidige BW ontbreekt: tenzij anders bedongen is de pandhouder verplicht, voorzover redelijkerwijs mogelijk, tenminste drie dagen vóór een voorgenomen verkoop daarvan kennis te geven aan de debiteur. Op deze wijze zou de debiteur, als het hem enigszins mogelijk is, alsnog door betaling de verkoop kunnen voorkomen (art. 3.9.2.10, lid 2 NBW).

Tot slot nog enige woorden over het pandhuispand. Nog in de vorige eeuw en het begin van deze eeuw was het pandjeshuis (lommerd, ome Jan) een bekend verschijnsel. Deze banken verstrekten onder vaak zeer bezwarende voorwaarden kleine bedragen ter leen. Vooral particulieren maakten grof misbruik van de geldnood (en onkunde) van de kleine man. De lener was onbekend met de mate waarin hij uitgezogen werd door de ingewikkelde contractsformuleringen (25). De Pandhuishwet 8-11-1910, Stb. 321, poogde een einde aan deze praktijken te maken. De Wet 28-10-1946, Stb. 6295, hief de particuliere banken van lening op - reeds eerder, in de bezettingstijd, was er een verbod geweest. Heden ten dage fungeren nog slechts enkele gemeentelijke banken van lening (de bekendste is die van de gemeente Amsterdam). Heel sterk is in de Pandhuishwet het door wettelijke bepalingen tegengaan van woekerpraktijken te traceren. Door diverse schrijvers, onder wie Van Zeven, wordt dit signaleerd.

1.4. Koop op afbetaling van roerende goederen

In onze samenleving zijn de koop op afbetaling en het financieringscontract niet meer weg te denken. Beide overeenkomsten vervullen eenzelfde functie: duurdere artikelen ook voor de minder draagkrachtigen eerder bereikbaar te maken. Welbewust introduceerden producenten, leveranciers en financieringsmaatschappijen het afbetalingsstelsel om zo de markt te vergroten en - voor wat de laatstgenoemde groep betreft - winst te behalen uit de financiering (26) van deze goederen. Verkoop op afbetaling door de leveranciers en het ter leen verstrekken van de koopsom door een derde worden hier in een adem genoemd - zoals ook in de diverse wettelijke regelingen met betrekking tot deze overeenkomsten -, daar in beide gevallen dezelfde problematiek opdoemt.

Tegenover de voordelen voor onze nationale economie en de bezitsverwerving voor grotere bevolkingsgroepen zijn ook nadelige gevolgen van deze populaire afbetalingstransacties aanwijsbaar. Allerwege bestaat de vrees voor m.v.o. door de verkoper-op-afbetaling. Suijling (27) spreekt in dit verband van woeker. Woeker is er naar zijn omschrijving, indien een economisch sterkere partij profiteert van de lichtzinnigheid, onervarenheid, onkunde of nood

van zijn wederpartij. Evenals Suijling bezigt ook Van Oven (28) de huiselijke uitdrukking: 'het vel over de oren halen' voor sommige huurkoopgevallen. Hij acht het gebrek dat aan een dergelijke overeenkomst kleeft van dezelfde aard als de zgn. wilsgebreken. Inderdaad is het misbruik maken door de verkoper - op - afbetaling van de omstandigheden, waarin de koper verkeert, denkbaar (29). Verschillende categorieën m.v.o. kunnen hier een rol spelen. De verkoper-op-afbetaling kan een economisch overwicht op zijn wederpartij hebben, hetgeen zou kunnen leiden tot misbruik van geldnood. Anderzijds bedenke men dat in sommige branches de detailhandelaar uit concurrentie-overwegingen welhaast tot een afbetalingsstelsel móet overgaan.

Niet ondenkbaar is ook een misbruiken van geestelijk overwicht in geval van lichtzinnigheid of onervarenheid van de koper. Over het opdringen van contracten aan onervaren, eenvoudige personen door uitgekookte colporteurs en andere lieden deden vijf Amsterdamse kantonrechters in 1940 een boekje open (30). Vooral 'kleine, arge-loze luyden' werden naar hun zeggen vaak het slachtoffer. Ter bestrijding van zulke misstanden droegen zij twee rechtsconstructies aan: nietigheid van de overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak of het kwalificeren van het beroep op een onereus beding als misbruik van recht. In een reactie op genoemd artikel constateerde Langemeijer (31) dat sommige mensen wel zeer lichtvaardig contracteerden en vroeg zich vervolgens af of in dergelijke woeker-gevallen er wel aan het vereiste van een rechtsgeldige toestemming wordt voldaan.

Welke soorten van benadelende bedingen plachten nu sommige verkopers-op-afbetaling (waaronder begrepen de huurverkopers) op te leggen aan hun zwakkere contractspartijen vóór wettelijke regelingen dit verhinderden? Een stelselmatig voorkomend beding maakte de huurverkoper bij wanprestatie van de huurkoper bevoegd zowel de verkochte zaak terug te nemen als de reeds betaalde gelden te behouden (32). Ook het beding dat bij het niet-nakomen van zijn verplichtingen, de schuld van de koper terstond in zijn geheel opeisbaar werd, betekende voor de minder draagkrachtige een grote calamiteit. Exorbitant hoge kooprijzen (het totaal van rente en aflossing) en boetebedingen bij niet-tijdige betaling waren aan de orde van de dag.

Waarin was het misbruik, de onbehoorlijkheid van de gedraging gelegen? M.i. in het feit, dat de verkopers, financiers, colporteurs en wat dies meer zij, de omstandigheden van hun cliënten kenden of althans hadden behoren te onderzoeken en toch een dergelijke benadelende overeenkomst met hen afsloten, ja zelfs hen daartoe presten door agressieve praktijken (33).

Ter staving van het bestaan van dergelijke mistoestanden een greep uit de jurisprudentie, waarbij in sommige gevallen een beroep op de ongeoorloofdheid van het contract wel gehonoreerd werd, in andere niet. In 1926 werd een beding, waarin het de huurverko-

per werd toegestaan bij eventuele ontbinding niet alleen de zaak maar ook alle betaalde termijnen te behouden geoorloofd geacht, daar de huurkoper door stipte betaling dit gevolg kon voorkomen en niets hem had verplicht tot het aangaan van de overeenkomst (34). Daarentegen oordeelde de Rb. Amsterdam (35) in datzelfde jaar een huurkoop met vervalbeding nietig, omdat een dergelijk contract tot een winstmarge kan leiden, die zo buitensporig is dat zij aan de overeenkomst een woekerkarakter geeft (beginsel van *iustum pretium*?). In een procedure over een wel zeer benadelende wanprestatieregeling in een advertentie-overeenkomst besliste de HR (36), dat het partijen vrijstond om de eventuele gevolgen van wanprestatie voor een der contractspartijen dusdanig te regelen, dat de schuld van de wanpresterende terstond opeisbaar werd, terwijl daarentegen de prestatie van zijn wederpartij verviel.

Ik meen te mogen stellen, dat de strakke regeling van de koop op afbetaling, afbetalingstransacties door een derde gefinancierd en colportageovereenkomsten die we heden ten dage kennen, voorzover hier van belang, globaal gesproken uit twee oorzaken voortkomt: het streven van de wetgever om m.v.o. op dit terrein te voorkomen én de onvoldoende bescherming door de rechtspraak geboden (37). Van Zeben (38) beschouwt alle hier na te noemen wettelijke regelingen als een bescherming van de koper enerzijds tegen de praktijken van de verkoper, anderzijds tegen eigen lichtvaardig en overijld handelen. Ook verscheidene andere schrijvers noemen het streven van de wetgever om m.v.o. op dit gebied zoveel mogelijk te voorkomen als grondslag (39).

In juni 1932 bracht de in 1931 opgerichte commissie Van der Heijden een rapport uit, waarin diverse misstanden naar voren werden gebracht en tevens twee wetsontwerpen (koop op afbetaling en een regeling voor het afbetalingsbedrijf) werden neergelegd. De in 1936 tot stand gekomen Wet op het Afbetalingsbedrijf had tot doel het misbruiken van de goedgelovigheid van grote groepen afbetalers te weren; zij is in 1961 vervangen door de Wet op het Afbetalingsstelsel 13-8-1961, Stb. 218. De reeds in 1932 in werking getreden Geldschieterswet (later vervangen door de Wet op het Consumptief Geldkrediet 5-8-1972, Stb. 399) bestreed woekerpraktijken bij geldleningen. Beide regelingen liggen in elkaars verlengde. Indien een van beide onderwerpen, hetzij afbetalingstransacties, hetzij geldlening, ongeregeld was gebleven, zou ontduiking van de wet eenvoudig zijn (40).

Bepalingen omtrent de koop op afbetaling werden in 1936 bij de Wet 23-4-1936, Stb. 202 in het BW ingevoegd (artt. 1576 - 1576x). Deze artikelen behelzen dwingend recht, voorzover niet anders bepaald (art. 1576a BW). Indien dit niet het geval was zou de verkoper-op-afbetaling door misbruik te maken van zijn overwicht een van het regelend recht afwijkend, onereus beding in het contract kunnen opnemen (41).

Polak (42) karakteriseert de regeling, neergelegd in de artt.

1576 - 1576x BW als een geleid contract. De koop op afbetaling vertoont alle kenmerken van een dusdanig contract: dwingend recht, schriftelijke vorm (alleen bij huurkoop verplicht) en grote bevoegdheid van de rechter. De huurkoop is te beschouwen als een bepaalde vorm van de koop op afbetaling (43), hetgeen tot gevolg heeft dat de artt. 1576 - 1576h BW ook op huurkoop van toepassing zijn. De BW- bepalingen zijn alleen van toepassing op een koop op afbetaling betreffende roerend goed. De wetgever was destijds van oordeel, dat huurkoop van onroerend goed in praktijk weinig voorkwam, daar de koop van een huis of bedrijfsruimte immers gefinancierd kon worden met een hypothecaire lening.

In enkele bepalingen valt duidelijk de beschermingsgedachte van de wetgever op. Zo is voor huurkoop (die koop op afbetaling waarbij het beding is gemaakt, dat de verkochte zaak niet door enkele overdracht in eigendom van de koper overgaat) een akte vereist, waarin de gehele koopprijs, het plan van regelmatige afbetaling en de bedingen betreffende voorbehoud en overgang van eigendom zijn opgenomen (art. 1576j BW). De sanctie op het ontbreken of de onvolledigheid van een akte is de terzijdeschuiving van het beding, dat de verkochte zaak niet door enkele overdracht aan de koper overgaat (art. 1576j BW). Voor de koop op afbetaling - niet zijnde een huurkoop - is de schriftelijke vorm niet dwingend voorgeschreven. Wel moeten enige belangrijke, de koper belastende bedingen, schriftelijk worden overeengekomen, zodat in praktijk weinig verschil bestaat.

Enige voorschriften, gericht op het voorkomen van m.v.o. door (huur)verkoper of derde-financier (44) zijn te vinden in de artt. 1576b, 1576c, 1576d, 1576l, tweede lid, 1576p, 1576q, 1576s, 1576t, 1576u en 1576v BW.

Bij de koop op afbetaling - niet zijnde huurkoop - heeft de koper het voordeel reeds door overdracht eigenaar te worden. Soms werden echter exorbitant hoge sommen als schadevergoeding of boete ter zake van niet tijdig nakomen door de schuldenaar bedongen. Deze mistoestand is uit de wereld geholpen door art. 1576 b BW waarin voorgeschreven wordt dat dergelijke bedingen schriftelijk worden aangegaan en dat bovendien aan de rechter de bevoegdheid geeft de schadevergoeding of boete te matigen of zelfs op te heffen, indien deze hem bovenmatig voorkomt. Deze bevoegdheid van de rechter is vrij ingrijpend: op grond van een te grote belasting voor de koper in verhouding tot de plichten van de verkoper, mag de rechter de som wijzigen, ja zelfs opheffen. Aangenomen mag worden dat de wetgever uit het bestaan van een zodanig exorbitant beding een vermoeden van m.v.o. heeft afgeleid.

In geval van huurkoop bracht het beding waarin het de huurverkoper die nog eigenaar van de verkochte zaak was, werd toegestaan zowel de zaak terug te nemen als de betaalde termijnen te behouden, het meeste schade toe. De artt. 1576s en 1576t maken deze benadeling van de huurkoper onmogelijk. Terugname van de verkochte zaak

door de huurverkoper krachtens een daartoe gemaakt beding leidt, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, tot ontbinding van de overeenkomst, waarbij een volledige verrekening wordt voorgeschreven, indien de verkoper in een betere vermogenstoestand zou geraken dan bij het in stand blijven van de overeenkomst. Ingevolge art. 1576v kan de koper buitendien gedurende veertien dagen na de terugnemng van de zaak deze inlossen door betaling van de verschenen termijnen en de verschuldigde rente, boete en kosten. Een eventuele ontbinding van de overeenkomst wordt hierdoor ongedaan gemaakt.

Als laatste artikel in de BW-regeling over koop op afbetaling zou ik art. 1576c BW willen noemen. De reeds boven gesignaleerde calamiteit voor de koper, hierin bestaande dat bij niet-tijdige betaling de vordering vervroegd opeisbaar wordt, wordt door dit artikel althans gedeeltelijk in goede banen geleid. Het beding van vervroegde opeisbaarheid kan alleen gemaakt worden voor het geval de achterstand ten aanzien van één termijn tenminste $\frac{1}{10}$ of ten aanzien van meer termijnen gezamenlijk tenminste $\frac{1}{20}$ van de gehele koopprijs bedraagt. Slechts de grove wanbetaler wordt met vervroegde opeisbaarheid bedreigd.

1.5. Huurkoop onroerend goed

De wetsbepalingen in het BW zijn slechts van toepassing op roerend goed (45). Daar ook huurkoop van o.g. veelvuldig bleek voor te komen - én veel misstanden op dit terrein (46) - was een wettelijke regeling noodzakelijk. Bij KB 14-8-1970 werd daartoe de Commissie Stein ingesteld. In afwachting van de bevindingen van deze commissie werd de Tijdelijke Wet huurkoop onroerend goed, 6-8-1973, Stb. 289, ingevoerd. Deze wet is in belangrijke mate geïnspireerd door de wens m.v.o. tegen te gaan. De wet biedt voorts een bescherming aan de huurkoper tegen eigen lichtvaardig handelen.

Het vereiste van een notariële akte voor huurkoop van o.g. met daarin vermelding van het deel aan aflossing en het deel aan rente, de betalingsdata, etc. wijst reeds op bescherming. Bovendien moet aan de overeenkomst een rapport over het onroerend goed, opgemaakt door een makelaar, voorafgaan. Op een dergelijke wijze worden al te hoge prijzen en al te grote, aan de koper niet bekende, bouwvalligheid van het te verkopen onroerend goed (woningen én bedrijfsruimten) tegengegaan. De notaris is verplicht na te gaan of de huurkoper de strekking van de overeenkomst kent, zodat misbruik van onkunde, onervarenheid of lichtzinnigheid zoveel mogelijk vermeden wordt. De sancties op het ontbreken van een notariële akte zijn te vinden in art. 3; zij zijn alle in het voordeel van de huurkoper.

In de artt. 10 en 11 worden enkele bedingen verboden.

Art. 10 verklaart een beding ingevolge hetwelk gedurende de contractperiode een hogere koopprijs kan worden vastgesteld, nietig. Ontbinding van de overeenkomst in geval van wanprestatie van de huurkoper kan alleen door de rechter geschieden. Ontbinding kan alleen na ingebrekestelling worden gevorderd. Indien de rechter de ontbinding uitspreekt heeft de huurkoper recht op terugbetaling van de reeds betaalde aflossingen; hij is echter gehouden de eventuele schade van de huurverkoper te vergoeden (art. 11). De verbodsbepalingen in de artt. 10 en 11 wijzen duidelijk op de wens van de wetgever misbruik bij de totstandkoming van het contract te voorkomen.

De bevoegdheid van de rechter de overeenkomst te wijzigen bij een geconstateerde wanverhouding tussen rechten en verplichtingen van de huurkoper (art. 9) is met name van belang, indien de koper bij de totstandkoming in feite in een dwangpositie verkeerde (47). Slechts ten voordele van de huurkoper kan de rechter een gewijzigde rechtsverhouding aan partijen opleggen. Het misbruik maken van de zwakkere positie van de huurkoper wordt hier niet gesanctioneerd met nietigheid van de overeenkomst maar met wijziging door de rechter. Overigens is slechts het bestaan van een wanverhouding vereist om aan de rechter wijziging te kunnen verzoeken; de huurkoper behoeft niet aan te tonen, dat zijn wederpartij misbruik maakte van zijn benarde positie of geestelijk zwakkere toestand.

1.6. Colportage

Ook de Colportagewet is in verband met m.v.o. relevant. Colportage behoeft geen betrekking te hebben op een afbetalingscontract (de wet kent zowel afbetalings- als contant-colportage), maar ziet veeleer op de wijze van het tot stand brengen van een overeenkomst. Het doel van de wet is het tegengaan van m.v.o. bij en door colportage (48).

Art. 1, eerste lid sub c verstaat onder een afbetalingscolporteur degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf door persoonlijk bezoek dan wel door of in samenhang met de aanprijzing van een roerende zaak of een dienst in een groep van ter plaatse van de aanprijzing aanwezige personen, tracht een particulier te bewegen tot het als afnemer deelnemen aan een afbetalingstransactie. Essentieel is het persoonlijk bezoek of in een groep aanprijzen van een zaak of dienst om de particulier te bewegen tot een overeenkomst.

De bedoeling van de wet-personen te beschermen tegen eigen lichtzinnigheid en/of tegen kwalijk misbruik maken van geestelijk overwicht door gehaaide colporteurs- blijkt uit het feit dat de wet alleen van toepassing is op beroepscolporteurs en overeenkomsten tussen dezen en particulieren. De afbetalingscolporteur dient ingeschreven te staan bij de Kamer van Koophandel. Bij onbehoorlijk

gedrag (onbehoorlijke beïnvloeding) kan de inschrijving vervallen worden verklaard. Artikel 5 e.v. verbindt aan inschrijving en vervallenverklaring van inschrijving strikte voorschriften. Een klachtenregeling tegen onbehoorlijke colportagepraktijken is te vinden in art. 15 e.v.

De belangrijkste bescherming tegen misbruiken van lichtzinnigheid of andere vormen van geestelijk overwicht op de koper is de zgn. 'afkoelingsperiode'. Gedurende acht dagen is de koper bevoegd aan zijn wederpartij dan wel aan de betrokken afbetalingsleverancier of afbetalingsfinancier mee te delen dat hij ontbinding van de overeenkomst verlangt. De termijn van acht dagen gaat in op de dag dat door de Kamer van Koophandel een exemplaar van de desbetreffende akte van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien (art. 25). De afkoelingsperiode dient om de koper te beschermen tegen overrompeling door colportage. Van dit recht kan de koper geen afstand doen, daar anders dit afstandsbeding weer door onbehoorlijke beïnvloeding zou kunnen worden opgedrongen (49).

1.7. Huur en Pacht

Het enkele bestaan van een gedetailleerde wetgeving omtrent zowel huur van woon- en bedrijfsruimte als pacht wijst op het grote belang dat de wetgever hecht aan de bescherming van de huurder en de pachter tegen de verhuurder en de verpachter.

Huur en pacht kunnen m.i. in verband met m.v.o. in een adem worden genoemd. Buitendien is pacht uit juridisch oogpunt gezien niets anders dan huur; sociaal-economisch heeft het een eigen karakter (50).

Huur- en pachtwetgeving worden in de literatuur veelvuldig aangehaald als voorbeelden van bepalingen ter bescherming van een zwakkere tegen een sterkere partij. Ook deze wet (Pachtwet 1958) en daaraan voorafgaande regelingen als Pachtwet 1937 en Pachtbesluit 1941 moeten mede worden gezien als maatregelen ter bescherming van de economisch zwakkere tegen de economisch sterkere partij, in casu de pachter en de verpachter, aldus Van Zeben (51). De huurovereenkomst is geregeld in de artikelen 1584 - 1636b BW. Er bestaat gerede aanleiding deze bepalingen te vergelijken met die betreffende de arbeidsovereenkomst. In beide gevallen kan sprake zijn van een economisch overwicht van de ene contractspartij op de andere. De huurder verkeert gezien de woningschaarste vaak in een noodtoestand. Getracht is bij voorbaat het misbruiken van deze noodtoestand door onereuze huurprijzen en huurbedingen te voorkomen. Zowel in de Huurprijzenwet Woonruimte, Stb. 1979, 156 als in het BW zijn tal van bepalingen aan te wijzen die op dit streven duiden, met name de bepalingen omtrent huurbescherming in het BW en die omtrent de huurprijs in de Huurprijzenwet woonruimte.

In de jurisprudentie is vrijwel geen geval van m. v. o. bij de totstandkoming van een huurovereenkomst te vinden. De Rb. Amsterdam (52) verklaarde weliswaar een huurovereenkomst nietig wegens m. v. o. ; in de betreffende procedure betrof het echter geen misbruik van economisch overwicht, maar bedreiging met inbeslagname van de goederen van de huurder en arrestatie door de POD. Verwonderlijk is de schaarste aan jurisprudentie betreffende dit onderwerp niet, daar door de wetgever reeds een ruime bescherming aan de positie van de huurder is gegeven.

Reeds vanaf het einde van de vorige eeuw streefde men naar een aparte regeling van de pachtovereenkomst. Dit streven komt uit verschillende oorzaken voort. Polak (53) typeert pacht als een geleid contract. Als redenen voor de strakke wettelijke regeling van de pachtovereenkomst noemt hij: bescherming van de economisch zwakkere partij, verbetering van de verzorging en de opbrengst van de grond en, tot slot, het besluit om de pacht prijzen te houden op het door de overheid gewenste prijspeil.

Oorspronkelijk werd pacht geregeld bij de huurbepalingen in de artikelen 1624-1638 BW. De in 1886 ingestelde Landbouwcommissie bracht in 1892 een rapport uit, waarin werd geconcludeerd, dat de verhouding eigenaar-pachter veel te wensen over liet; een wettelijke regeling van het contract werd echter niet geschikt geacht om deze verhouding te verbeteren. In de jaren twintig van deze eeuw trachtte de wetgever enkele malen tot incidentele regelingen te komen; dit pogen was echter steeds tot falen gedoemd. De Crispachtwet 1932, door Kamphuisen (54) als voorbeeld van herleving van het beginsel van *iustum pretium* aangeduid, droeg slechts een tijdelijk karakter; pas in 1937 gelukte het een meer definitieve regeling tot stand te brengen: de Pachtwet 1937, Stb. 205, in werking getreden op 1 november 1938. In 1941 werd deze vervangen door het Pachtbesluit, 25-11-1941: een bezettingsmaatregel, in werking tot 1 mei 1958, toen het besluit buiten werking werd gesteld door de huidige Pachtwet, 23-1-1958, Stb. 37.

De pachtwetgeving bevat verscheidene bepalingen die wijzen op het pogen van de wetgever de pachter te beschermen tegen eventueel misbruik door de verpachter; als voorbeelden mogen dienen: art. 5, eerste lid sub a en b betreffende de goedkeuring van de pachtovereenkomst door de Grondkamer en de pachtbescherming, zoals geregeld in de artt. 36-48.

Ook in de jurisprudentie wordt gepoogd misbruik van economisch overwicht door de verpachter tegen te gaan. Dit moge blijken uit de volgende twee beslissingen van de Grondkamer. In 1973 (55) achtte zij een beding waarin bij het einde van de pacht verwijdering van geplaatste opstallen werd geëist en aan de pachter het recht op vergoeding van de aangebrachte verbeteringen werd onthouden, nietig wegens strijd met het dwingendrechtelijk artikel 31 Pachtwet. In een eerdere beslissing (56) werd een poging van de verpachter om de pachter uit te buiten en hem elke mogelijkheid

tot rendabele bedrijfsvoering te ontnemen, vrijdeld. In casu waren door partijen twee overeenkomsten gesloten. De eerste, van 12-5-1962, verplichtte de ene partij tot verpachting van een hoeve, terwijl zijn wederpartij zich verbond om ten name van eerstgenoemde een terrein te kopen, daarop voor hem een huis te bouwen en alle dode inventaris van de hoeve over te nemen. Een jaar later werd in een tweede contract overeengekomen, dat de pacht-overeenkomst voor 12 jaar werd aangegaan tegen een pachtprijs van f 10.000,- per jaar. De Centrale Grondkamer beschouwde beide overeenkomsten als een geheel en toetste ze derhalve tegelijk. In verband met de lage waarde van de (verwaarloosde) hoeve vervielen volgens de beslissing van de Centrale Grondkamer de verplichtingen tot koop van een terrein en bouw van een huis, terwijl zowel de overnameprijs voor de inventaris als de jaarlijkse pachtprijs danig werden verlaagd.

1.8. Arbeidsovereenkomst (artt.1637-1639x BW; art.10 Octrooiwet; BBA)

Als een rode draad loopt door de artt.1637-1639x BW, het BBA en art.10, tweede lid Octrooiwet, de bescherming van de arbeider ten opzichte van de werkgever. De wetgever heeft de regeling, neergelegd in het arbeidsovereenkomstenrecht, dermate belangrijk geacht dat in een gemengd contract de regels over de arbeidsovereenkomst bij voorrang dienen te worden toegepast, indien er strijd bestaat tussen de bepalingen van de arbeidsovereenkomst en die van de andere overeenkomst(en), van welke het gemengd contract kenmerken bevat. Sommige bedingen of afwijkingen van de wettelijke voorschriften kennen een schriftelijk vormvereiste. Als uitingen van deze beschermingsgedachte kunnen worden genoemd: de vaststelling van een reglement vóór de aanvang of tijdens de dienstbetrekking of de wijziging daarvan (1637j t/m 1637m BW), enkele bepalingen in het BW over de betaling van het loon, de vakantieregeling (artt.1638 bb t/m 1638 mm BW) en de ontslagregeling in het BW en het BBA.

Wat is nu de reden van deze uitgebreide bescherming? Sommige schrijvers zien in de arbeidsbepalingen een herleving van het iustum pretiumbeginsel. Met name Kamphuisen (57) rubriceert de wet op het arbeidscontract onder de wetbepalingen die de geest van dat beginsel ademen. In het bijzonder wijst hij op art.1638r sub 4 BW (in de tijd, dat Kamphuisen zijn artikel schreef nog sub 5) waarin compensatie alleen wordt toegestaan voor de koopprijs van dagelijkse huishoudelijke behoeften, mits die prijs niet hoger is dan de arbeider elders betaald zou hebben, én op art. 1639r, vijfde lid BW waarin aan de rechter de bevoegdheid wordt gegeven te matigen, indien hem de in art.1639o BW bedoelde schadeloosstelling te hoog voorkomt. Ook Pitlo (58) vermeldt

art. 1638r en art. 1639r BW en buitendien art. 1637x BW (het concurrentiebeding). Deze bepalingen kenschetst hij als blijken van het verlangen van de wetgever naar gelijkwaardigheid. Niet geheel duidelijk wordt of hij hiermede de gelijkwaardigheid van partijen of die van prestaties bedoelt. Het eerste zou duiden op het voorkomen van m.v.o., het tweede op het iustum pretiumbeginsel. Benadeling wordt door Pitlo als grond voor vernietiging genoemd, terwijl toch niet slechts de benadeling van belang is, maar tevens de afhankelijkheid van de arbeider ten opzichte van de werkgever. De grondslag van de arbeidsbepalingen is volgens Van Zeben (59) niet de nadelige overeenkomst alleen, maar de bescherming van de zwakkere werknemer. Deze visie is ook te vinden bij Stein (60).

Mij dunkt dat tal van ge- en verboden herleid kunnen worden tot een streven van de wetgever om m.v.o. door de in het algemeen machtigere werkgever te voorkomen. Al is niet vereist dat de arbeider aantoonst dat de werkgever daadwerkelijk misbruik van omstandigheden heeft gemaakt - bedoelde bepalingen zijn zonder een dergelijk bewijs van toepassing -, toch dient een zodanig streven veeleer dan een veroordeling van de eventuele ongelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties door de wetgever te worden aangenomen. Immers juist in de verhouding werkgever-werknemer zou m.v.o. licht denkbaar zijn, indien er geen gedetailleerde wettelijke regeling bestond. Deze stelling zou ik nader willen toelichten. Als samenstellende factoren van misbruik kunnen genoemd worden: misbruik, omstandigheden en benadeling. De omstandigheden waarin een werknemer verkeert, zijn veelal te omschrijven als een economische afhankelijkheid (61) ten opzichte van de werkgever. De arbeider is - afgezien van het stelsel van sociale voorzieningen - in zijn bestaan veelal geheel afhankelijk van zijn loon en derhalve van zijn dienstbetrekking. Men zou kunnen stellen, dat de arbeider zich in zekere zin in een 'economische noodtoestand' bevindt. Verder wijst het begrip 'gezagsverhouding' op de afhankelijkheid van de arbeider, al zal deze factor niet voor alle werknemers even zwaar wegen. Van bovengenoemde omstandigheden zou een werkgever misbruik kunnen maken door willens en wetens onereuze bedingen op te leggen. Indien er sprake is van benadeling, zal deze vaak van financiële aard zijn; zij kan echter ook bestaan uit een beperking van de arbeider in zijn vrijheid. Ik denk hierbij aan het in vervlogen tijden soms voorkomende verschijnsel van de gedwongen winkelnering.

Niet ieder onderdeel van het arbeidsovereenkomstenrecht is gericht op het voorkomen van m.v.o.; in enkele artikelen is echter een rechtstreeks verband aan te wijzen. Art. 1637s BW over loonbesteding, art. 1637x BW over het concurrentiebeding en art. 10, tweede lid Octrooiwet over de beloning van een werknemer voor een uitvinding mogen als voorbeeld dienen.

Art. 1637s BW verbiedt alle bedingen waarin een arbeider zich

verbindt het loon of zijn overige inkomsten of een gedeelte daarvan, op een bepaalde wijze te besteden of zijn benodigdheden op een bepaalde plaats of bij een bepaalde persoon aan te schaffen. Het tweede lid vermeldt de uitzonderingen. Het verbod van het eerste lid richt zich tegen de gedwongen loonbesteding waaronder de gedwongen winkelnering (62). Een werkgever zou, indien hij misbruik wilde maken van de afhankelijkheid van de arbeider een dergelijk beding eenvoudig kunnen doen opnemen in het contract. Het nadeel dat uit een dergelijk beding voortvloeit, kan van financiële aard zijn; in elk geval is er een ideëel nadeel, in die zin dat de arbeider wordt beperkt in zijn bestedingsvrijheid. In een arrest van 29-6-1956 (63) werd aan de HR een beding voorgelegd waarin tramconductrices werden verplicht een zeker deel van hun fooien af te dragen ten behoeve van de chauffeurs. Ons hoogste rechtscollege overwoog dat art. 1637s BW zich niet slechts richt tegen gedwongen winkelnering, maar ieder beding bestrijkt over het besteden van de inkomsten van de arbeider. Een beding dat hem verplicht een deel daarvan aan de werkgever af te staan ten bate van derden is een verboden beding. De sanctie op het aangaan van een dergelijk beding is te vinden in art. 1637t BW: er ontstaat geen verbintenis; de arbeider is gerechtigd hetgeen hij heeft betaald of hetgeen van zijn loon is ingehouden, terug te vorderen, zonder hetgeen hij ter voldoening aan het beding ontvangen heeft terug te moeten geven. De rechter is echter volgens het tweede lid van dit artikel bevoegd de veroordeling te beperken tot zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Anders dan bij de gemene actie op grond van m. v. o. levert dit specifiek geval geen problemen op met betrekking tot de gevolgen van het nietig beding. Vraagstukken als algehele of partiële nietigheid en de vraag onder welke voorwaarden conversie geoorloofd is, doen zich hier niet voor, daar de wetgever de gevolgen gedetailleerd heeft geregeld.

Art. 1637x BW behelst bepalingen betreffende het concurrentiebeding:

eerste lid: Het beding waarbij de arbeider wordt beperkt in zijn bevoegdheid om op zekere wijze werkzaam te zijn na het einde van de dienstbetrekking moet schriftelijk worden aangegaan.

tweede lid: De rechter kan het beding teniet doen, indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever de arbeider door dat beding onbillijk wordt benadeeld.

vierde lid: De rechter kan de schadevergoeding, bedongen in geval van overtreding van het beding, matigen.

Vooraf art. 1637x, tweede lid BW is in verband met m. v. o. relevant. Ik beschouw deze bepaling als een bijzondere actie op grond van m. v. o. Een concurrentiebeding dat zeer nadelig is voor de arbeider, is op zichzelf niet in strijd met de goede zeden (64).

Alleen benadeling is niet voldoende; vrijwel elk concurrentiebeding zal immers voor de arbeider nadeel betekenen. De rechter dient ingevolge het tweede lid de belangen van de werkgever en de werknemer tegen elkaar af te wegen en te beoordelen of de arbeider niet onbillijk is benadeeld. De factoren 'belangenafweging' en 'onbillijke benadeling' wijzen erop, dat voor de nietigverklaring van het concurrentiebeding de benadeling veroorzaakt dient te zijn door het misbruiken van de economische afhankelijkheid van de arbeider (65).

Als laatste voorbeeld van het streven om m.v.o. te voorkomen, kan art. 10, tweede lid Octrooiwet dienen. De arbeider wiens dienstbetrekking meebrengt, dat hij zijn bijzondere kennis aanwendt tot het doen van uitvindingen, verkrijgt niet zelf aanspraak op de octrooien van deze uitvindingen. De wetgever kent deze rechten aan zijn werkgever toe, onder de verplichting om onder bepaalde omstandigheden aan de arbeider een bedrag toe te kennen als extra-beloning. De arbeider kan geen afstand van zijn recht op zodanig bedrag doen. Meestal zal bij een arbeider wiens taak het is ten behoeve van de werkgever uitvindingen te doen, de beloning reeds in de overeenkomst verdisconteerd zijn. Is dat niet of niet in voldoende mate het geval, dan kan men het als misbruik van de afhankelijkheid van de uitvinder beschouwen, indien er geen aanvullende beloning zou volgen. Een interessant arrest over art. 10, tweede lid Octrooiwet en m.v.o. is in 1950 gewezen (66). In deze casus had Perquin, een werknemer van Perfra, zich verbonden om alle uitvindingen, die hij mocht doen 'om niet' af te staan aan Perfra, en mitsdien mee te werken aan octrooi-aanvragen op bedoelde uitvindingen door Perfra. O.a. met een beroep op art. 10, derde lid Octrooiwet waarin afstand van aanspraak op een aanvullende beloning ongeoorloofd wordt geacht, trachtte Perquin zich te verweren tegen de vordering van Perfra om het contract na te komen. Het Hof en daarmee instemmend de HR, stelde vast, dat Perquin niet tot de categorie arbeiders als bedoeld in art. 10 Octrooiwet behoorde en mitsdien geen bescherming van dat artikel genoot. Het algemene beroep van Perquin op m.v.o. werd verworpen met de overweging dat Perquin als directeur en aandeelhouder van Perfra voldoende in staat was geweest zijn belangen te behartigen. Gelijk boven reeds vastgesteld, zijn er in de arbeidswetgeving diverse bepalingen te vinden waarmee wordt beoogd m.v.o. te voorkomen. Daarmede heeft de wetgever natuurlijk niet alle gevallen van m.v.o. tussen werkgever en werknemer kunnen voorkomen. Zou er in een niet in de wet geregeld geval sprake zijn van m.v.o., dan dient de arbeider dit volgens de gemene vereisten aan te tonen. Enkele voorbeelden zijn te vinden bij Wuisman (67). Over een beding waarin de werknemer verantwoordelijk werd gesteld voor de betaling door klanten aan wie krediet was verleend, oordeelde de Rb. Amsterdam, 9-10-1934, NJ 1935, 180: een dergelijk nadelig beding komt neer op het misbruik maken van het

economisch overwicht van de werkgever op de werknemer en is daarom in strijd met de goede zeden. Een boetebeding op niet-tijdige ontruiming van een huis van de werkgever bij het beëindigen van de dienstbetrekking werd eveneens nietig geacht op grond van misbruik van de omstandigheden waarin de werknemer verkeerde (Rb. 's-Gravenhage 2-8-1980, NJ 1971, 440).

In het kader van het bovenstaande dient uiteraard bedacht te worden dat op een groot deel van de arbeidsovereenkomsten CAO's van toepassing zijn. In dat geval kan niet, althans in mindere mate, gesproken worden van een afhankelijkheidspositie van de werknemer ten opzichte van de werkgever.

1.9. Societas leonina

Artikel 1655 BW omschrijft de maatschap als 'eene overeenkomst waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit onstaande voordeel met elkander te deelen'.

De elementen van de maatschap zijn: de verplichting tot inbreng, de samenwerking en het oogmerk om winst te behalen en die winst te delen (68).

Art. 1672, eerste lid BW bepaalt uitdrukkelijk: 'Het beding waarbij aan een der vennoten alle de voordeelen mogten toegezegd zijn, is nietig'. Ingevolge het tweede lid is het wel geoorloofd te bedingen dat 'alle de verliezen bij uitsluiting door een of meerdere vennoten zullen gedragen worden'.

Om de ratio van de verbodsbepaling in art. 1672, eerste lid BW die zich richt tegen de zogenaamde societas leonina te achterhalen, moet men terugkeren tot het Romeinse recht (69). In het Romeinse recht werd de societas leonina ongeoorloofd geacht, aangezien een daartoe strekkend beding in strijd met het wezen van de maatschap werd geacht (70).

Indien het oogmerk om winst te behalen een wezenlijk element van de maatschapsovereenkomst vormt, dan ligt het voor de hand dat een beding, dat direct tegen dit wezenselement ingaat, ongeoorloofd is. Dit betekent m.i. niet dat elke vorm van samenwerking waarbij één van de partijen van de winst is uitgesloten, nietig is. De partijbedoeling staat hierbij centraal. Houdt de bedoeling van partijen het tot stand brengen van een maatschap in, dan strookt winstuitsluiting niet met die bedoeling. De wil van partijen ten aanzien van een winstuitsluiting kan echter gericht zijn op een samenwerkingsvorm waarin een materiële schenking is opgesloten. Dit is het geval, indien beide partijen besluiten tot samenwerken, terwijl tevens bewust - uit liberaliteit - alle voordelen aan één der partijen worden toegekend (71). Gedacht kan worden aan een vader en een zoon die besluiten tot samenwerken en daarbij afspreken dat alle winst aan de vader zal toevallen. Ook andere oogmer-

ken dan liberaliteit zijn in dit verband mogelijk. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een vorm van stage, waarin bewust wordt afgezien van winstdeling. In deze gevallen is geen sprake van een maatschap, daar de partijwil zich van meet af aan niet richt op de elementen daarvan.

In zijn arrest van 6 juni 1956 (72) overweegt de HR: 'Deze bepaling is immers gericht tegen de als societas leonina bekend staande overeenkomst waarbij een der vennoten, misbruik makende van omstandigheden als afhankelijkheid of onervarenheid van zijn mede-vennoten, laatstgenoemden beweegt tot het aangaan van een uitsluitend tot zijn voordeel strekkende overeenkomst'.

Vooropgesteld dat het in de bedoeling van partijen lag een maatschap aan te gaan, betekent de opname van een beding als bedoeld in art. 1672, eerste lid BW, dat aan het wezen van de maatschap geweld wordt aangedaan. Door de societas leonina uitsluitend te relateren aan m.v.o. verliest men de historische achtergrond van de wetsbepaling uit het oog. Weliswaar kan het misbruiken door een vennoot van de afhankelijkheid of onervarenheid van zijn wederpartij de oorzaak zijn van de opname van een dergelijk beding in het maatschapscontract, doch ook andere motieven kunnen een rol hebben gespeeld. Te denken valt aan dwaling of bedrog. Wezenlijk is echter dat de societas leonina de maatschapsgedachte ondergraaft en daardoor de maatschap als zodanig nietig maakt. Derhalve acht ik de benadering van de HR niet geheel juist, althans te eng. Wel kan ingestemd worden met de overweging van de HR (73) dat in het voorliggende geval het oogmerk van de als commanditair optredende partij zijn wederpartij financieel behulpzaam te zijn, met zich meebrengt dat de overeenkomst niet als vennootschap beschouwd kan worden, maar dat daaraan veeleer het karakter van een schenking moet worden toegekend. Deze overweging sluit aan bij hetgeen ik hiervoor opmerkte.

De vraag kan rijzen waarom enerzijds art. 1672, eerste lid BW bepaalt dat winsttoedeling, uitsluitend aan één vennoot, ongeoorloofd is en anderzijds art. 1672, tweede lid BW verliestoedeling, uitsluitend aan één of meer vennoten, toestaat. Een verklaring hiervoor is te vinden in de gedachte dat winstuitsluiting in strijd is met het doelstreven van de maatschap, terwijl verliestoedeling dat niet is. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin het toedelen van verlies bij uitsluiting aan één of meer vennoten redelijk is. Een daartoe strekkend beding behoeft bijvoorbeeld niet ongerechtvaardigd te zijn in een situatie waarin de ene vennoot veel meer inbrengt dan de andere. Anders dan het BW verbiedt art. 1855, tweede lid C.c. te bedingen dat het verlies bij uitsluiting door een of meer vennoten wordt gedragen. Ten onrechte heeft de Franse wetgever een dergelijk beding als een vorm van de societas leonina beschouwd. Kamphuisen (74) merkt op dat de Franse opvatting in de praktijk dan ook grote bezwaren oplevert.

In het NBW is een bepaling overeenkomstig art. 1672 BW te vinden

in art. 7.13.1.10, lid 4 in afdeling 1 over vennootschappen in het algemeen: 'Het beding dat een vennoot niet of slechts tot een bepaald bedrag in het verlies zal delen, is geoorloofd, niet echter het beding, dat een vennoot niet in de winst zal delen'. Het NBW verschilt inhoudelijk weinig van het huidige recht; de formulering is echter in twee opzichten omgedraaid. Datgene wat geoorloofd is, wordt vooropgesteld en daarna volgt het ongeoorloofde. Voorts gebruikt het NBW de winstuitsluiting van een vennoot als uitgangspunt en niet toebedeling van alle winst aan de andere vennoot. Dit uitgangspunt komt mij in relatie met m.v.o. gelukkiger voor, daar in dat verband de benadeling van een partij relevanter is dan de bevoordeling van zijn wederpartij.

1.10. Formele schenking (artt.1703 - 1730 BW)

Art.1703 BW omschrijft de schenking als volgt: 'Schenking is eene overeenkomst waarbij de schenker bij zijn leven, om niet en onherroepelijk enig goed afstaat ten behoeve van de begunstigde die hetzelfde aanneemt'.

De eis van vrijgevigheid is niet uitdrukkelijk in dit artikel opgenomen. In 1927 (75) noemde de HR echter vrijgevigheid de oorzaak van een schenkingsovereenkomst. Zich verbinden tot een overdracht om niet uit een andere intentie dan liberaliteit is derhalve niet onder het schenkingsbegrip te rekenen.

De wetgever staat toe dat men zich verbindt tot de grootst denkbare benadeling: de overdracht om niet. Vrees voor misbruik door de aspirant-begiftigde van de omstandigheden waarin de schenker verkeert, kan op zijn plaats zijn. Een van de elementen van m.v.o. - de benadeling - is immers bij een schenking per definitie aanwezig.

In verscheidene bepalingen tracht de wetgever dit gevaar te keren. Als eerste kan worden gewezen op de vormvoorschriften, betreffende schenking. Art.1719 BW gebiedt het opmaken van een notariële akte ter zake van het aangaan van een schenking, op straffe van nietigheid, uitgezonderd ter zake van de schenking als bedoeld in art.1724 BW. Aan dit bestaansvereiste kunnen verschillende motieven ten grondslag worden gelegd. Enerzijds dient het beschouwd te worden als een poging de schenker te beschermen tegen zijn eigen overijldheid, anderzijds tegen m.v.o. door de begiftigde (76). In het geval dat de schenker lichtzinnig, onervaren, onkundig handelt en de begiftigde daar kennis van draagt, althans het zich behoort te realiseren, is er sprake van m.v.o., indien de begiftigde ondanks zijn wetenschap de totstandkoming van de schenking bevordert. Buiten misbruik van lichtzinnigheid, onervarenheid en onkunde kan misbruik van relatieve afhankelijkheid een rol spelen, met name in familieverhoudingen. De jongere broer die zich door een oudere zuster, zich beroepend op familiesentimenten,

laat bewegen een kostbaar erfstuk aan haar om niet over te dragen, moge als voorbeeld dienen (77). Door een notariële akte, ter zake van de overeenkomst opgemaakt, voor de geldigheid daarvan verplicht te stellen, krijgt de (aspirant)schenker een tijd van bezinning.

Art. 1724 BW maakt inbreuk op deze bescherming. Ingevolge deze bepaling is voor de schenking van roerende lichamelijke zaken of toondervorderingen geen akte vereist. Een dergelijke gift komt tot stand door 'enkele overlevering'. Ook roerende zaken kunnen een aanzienlijke waarde vertegenwoordigen. Daarbij is echter geen tijd van bezinning gegeven. Indien de begiftigde in een al te lucht-hartige stemming een kostbare ring, een geldsom o. i. d. van hand tot hand geschonken heeft, zal hij slechts door achteraf het bewijs te leveren dat de begiftigde welbewust misbruik maakte van omstandigheden, de schenking ongedaan kunnen maken.

Art. 1704 BW bepaalt dat alleen tegenwoordige goederen van de schenker door deze geschonken kunnen worden; indien (tevens) toekomstige goederen zijn geschonken, is de overeenkomst (in dat opzicht) nietig. Bescherming tegen een overijlde, in zijn consequenties onvoldoende overziene schenking, is de ratio van deze bepaling. Op geen enkele plaats in zijn monografie noemt Schuttevaer (78) bescherming tegen m. v. o. als grondslag van de schenkingsbepalingen; wel spreekt hij van bescherming van de schenker tegen eigen overijld handelen. Zowel in art. 1719 BW als in art. 1704 BW is echter m. i. een poging van de wetgever om ongeoorloofde beïnvloeding door de begiftigde te voorkomen, te onderkennen. De laatstgenoemde bepaling voorkomt tenminste dat de begiftigde zich door ongeoorloofde pressie meester maakt van het toekomstige vermogen van zijn contractspartij.

Bepaalde (vertrouwens)relaties tussen twee personen maken krachtens art. 1718 BW een schenking zonder meer nietig. Deze bepaling noemt niet rechtstreeks de relaties waarvoor een zodanig verbod van kracht is, maar verwijst naar de artt. 951 (tweede en laatste lid), 953, 954, 955 en 958 BW die handelen over ongeldige makingen. De in de artikelen aangeduide personen (de voogd, de leermeester, de geneesheer en de geestelijke die tijdens de laatste ziekte bijstand verleend hebben, en de notaris en getuigen) genieten het vertrouwen van de erflater. Bevreesd voor het misbruiken van hun invloed op de aan hun zorg toevertrouwde personen verbiedt de wetgever, met enige uitzonderingen (79), makingen te hunnen gunste. Het gevaar voor ongeoorloofde beïnvloeding dreigt bij schenkingen in deze relaties op dezelfde wijze als bij uiterste wilsbeschikkingen. Daar art. 1714 BW minderjarigen verbiedt bij wege van schenking te beschikken, is het van toepassing verklaren van de artt. 951, eerste lid en 952 BW op schenkingen overbodig. Eventueel misbruik van afhankelijkheid is bij voorbaat niet lonend gemaakt door de wetgever. Niet nodig is dat misbruik van overwicht aangetoond wordt. Stein (80) spreekt i. c. van een onweerlegbaar

vermoeden van undue influence.

De conclusie mag getrokken worden dat de schenkingsbepalingen mede gericht zijn op een voorkomen van m.v.o.

Art. 1715 BW dat eveneens bescherming van een bepaalde groep schenkers op het oog heeft, zal met andere, tussen echtgenoten verboden overeenkomsten in de volgende paragrafen aan de orde komen.

1.11 Schenking tussen echtgenoten

De contractsvrijheid van echtelieden onderling wordt beperkt door het bestaan van diverse wettelijke bepalingen die het aangaan van maatschappelijk importante overeenkomsten zoals koop, schenking en arbeidsovereenkomst tussen man en vrouw verbieden. Daar van enkele van deze verboden de ratio (mede) het voorkomen van misbruik van omstandigheden is, verdienen ze een nadere beschouwing. Art. 1715, eerste lid BW: 'Schenking tussen echtgenoten, staande huwelijk gedaan, zijn verboden'. In de literatuur is schier eindeloos gekrakeeld (81) bij het zoeken naar de motieven die aan dit artikel ten grondslag liggen, over de rechtsgevolgen van zodanige schenkingen en over de vraag, aan wie een beroep op art. 1715 BW openstaat.

Laat ik mij eerst bepalen tot de vraag wat de ratio van art. 1715 BW is. Waarschijnlijk kende reeds het Romeinse recht in de Lex Poppeia, 9 na Christus, een dergelijk verbod. Vermoedelijk heeft de vrees voor ongeoorloofde beïnvloeding van de ene echtgenoot door de andere in deze een rol gespeeld (82).

Globaal worden in de hedendaagse literatuur drie rechtsgronden genoemd. Lang en veelvuldig is het beginsel van het eenmaal aanvaarde goederenregime als grondslag aangewezen (83). Stein (84) verklaart nog: 'Tegenwoordig ziet men daarin eer bepalingen, die bestemd zijn om de onveranderlijkheid van het huwelijksgoederenrecht te waarborgen'. Men bedenke hierbij, dat de dissertatie van Stein is verschenen in het jaar dat de Lex Van Oven werd ingevoerd! Vooral De Bruijn-Soons-Kleijn verzet zich tegen deze motivering. Schenkingen leiden immers niet rechtstreeks tot wijzigingen in het huwelijksgoederenregime; bovendien staat sinds 1 januari 1957 de Lex Van Oven het maken of het wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk toe, zodat, indien uitsluitend onveranderlijkheid van het gekozen huwelijksgoederenstelsel de basis van art. 1715 BW vormt, deze bepaling met de invoering van de Lex Van Oven had moeten verdwijnen. Van Zeben (85) sluit zich bij de opvattingen van De Bruijn aan. Luijten acht een verband tussen art. 1715 BW en het beginsel der onveranderlijkheid toch niet ondenkbaar, ook niet na de invoering van de Lex Van Oven. Hij voert als argument daartoe aan, dat de wijziging staande huwelijk aan strenge voorschriften is onderworpen (86).

Als tweede grond wordt wel genoemd de bescherming van derden tegen de nadelen die voor hen ten gevolge van vermogensverschuivingen tussen echtgenoten zouden ontstaan. Met name Van der Burght presenteert de bescherming van de derde-crediteur als dé rechtsgrond, terwijl Luijten en Van Mourik daarentegen de artt. 1377 BW en 42 F. afdoende achten. Van der Burght wijst op de moeilijkheden die een actio Pauliana oplevert: alleen aantasting van een rechtshandeling is mogelijk, het bewijs van onverplichtheid van de benadelende handeling, het bewijs dat de handeling om niet of om baat verricht is en de controverse over ruime of enge Pauliana, en concludeert daaruit vervolgens dat de crediteur behoefte heeft aan bescherming door art. 1715 BW naast art. 1377 BW. Het feit dat de derde 'elk zicht mist op wat zich binnen de muren van het huwelijk van zijn debiteur op vermogensrechtelijk terrein afspeelt' weegt zijns inziens zwaar bij de vaststelling van de ratio van art. 1715 BW. De argumentatie van Van der Burght spreekt mij niet aan. Alle nadelige gevolgen die een crediteur ondergaat door een schenking door zijn debiteur aan diens echtgenoot, doen zich in dezelfde mate voor in geval van schenking buiten de huwelijksrelatie (aan vriend of familielid). In het laatstgenoemde geval zal de crediteur zich tevreden moeten stellen met de artt. 1377 BW en 42 F. Waarom de crediteur een verdergaande bescherming ex art. 1715 BW zou genieten, indien de begiftigde de echtgenoot van de debiteur is, is mij niet duidelijk. Evenmin als schenkingen tussen echtgenoten zullen schenkingen aan derden snel aan de crediteur van de schenker ter kennis komen. Of de bescherming ex art. 1377 BW schiet in zijn algemeenheid te kort óf de bescherming is in het algemeen voldoende te achten, veel aanleiding om onderscheid te maken tussen schenkingen aan echtgenoten en schenkingen aan derden in verband met de positie van de benadeelde crediteur is er m.i. niet.

Vrees voor het doen van schenkingen onder pressie van de begiftigde echtgenoot wordt tenslotte vrij algemeen aanvaard als ratio van het schenkingsverbod tussen echtgenoten (87). Zowel Stein als Van Zeben beschouwen in hun dissertaties de vrees voor m.v.o. als de grondslag van art. 1715 BW. Het betreft de categorie 'misbruik van afhankelijkheid'. Voorstelbaar is een huwelijks situatie, waarin de ene echtgenoot, misbruik makend van de nauwe verbondenheid die in het algemeen tussen echtelieden pleegt te bestaan, de ander prest tot een schenking. Van Zeben formuleert het in zijn artikel in het NJB als volgt: 'Art 1715 BW wil verhinderen dat de éne echtgenoot, door misbruik te maken van de omstandigheid dat de andere echtgenoot in een positie van afhankelijkheid ten opzichte van hem verkeert, zich door schenkingen van die kant laat bevoordelen'. M.i. is inderdaad vrees voor ongeoorloofde beïnvloeding, zo niet de enige, dan toch de belangrijkste grondslag van het schenkingsverbod (88). Het verbod van art. 1715 BW ligt in dezelfde lijn als art. 1718 BW. Ook in dat artikel worden schenkingen

in bepaalde relaties verboden, uit vrees voor misbruik van een vertrouwensrelatie. Aangezien een intiemere vertrouwensrelatie als de huwelijksband nauwelijks denkbaar is, bestaat er alle aanleiding ook hier voor eenzelfde verbod eenzelfde motief aan te nemen. Van Mourik sluit zich bij de opvatting van Luijten aan; wel is hij van oordeel dat een bescherming tegen de inhaligheid van de man door wettelijke bepalingen heden ten dage niet meer zo noodzakelijk is. Waarom Van Mourik van het standpunt uitgaat, dat de wetgever beducht zou zijn dat vooral de vrouw binnen een huwelijk vermogensrechtelijke handelingen zou stellen, die ze niet gesteld zou hebben, indien tussen haar en de wederpartij niet een huwelijksband had bestaan, wordt niet geheel duidelijk. Uit zijn woorden maak ik op, dat hij art. 1715 BW overbodig acht, naast de meer algemene mogelijkheid de schenking wegens een ongeoorloofde oorzaak ex art. 1371 juncto 1373 BW aan te tasten. Met Van Zeben zou ik het bestaan van art. 1715 BW naast het algemene vitium m. v. o. willen verdedigen. Met een beroep op art. 1715 BW kan een schenking aangetast worden zonder dat een bewijs van ongeoorloofde beïnvloeding noodzakelijk is. Van Zeben is van mening dat de subtiële misbruiken, die in een echtelijke relatie kunnen voorkomen, moeilijk aantoonbaar zijn. Tegen dit argument kan echter aangevoerd worden, dat in het algemeen onbehoorlijke beïnvloeding in welke verhouding dan ook niet eenvoudig te bewijzen valt.

Art. 1715 BW verbiedt niet slechts de formele schenking ex art. 1703 BW, maar elke bevoordeling uit vrijegevigheid (89). Vanuit de door mij voorgestane ratio (het streven om m. v. o. te voorkomen) ligt dit in de rede; het bewijs dat er sprake is van een materiële schenking, kan de benadeelde schenker echter moeilijk val-

len. Als rechtsgevolg van de overtreding van art. 1715 BW wordt door de meeste schrijvers vernietigbaarheid aangenomen (90). Op de vraag, wie bevoegd is de nietigheid in te roepen, wordt evenwel in velerlei zin antwoord gegeven. Dat is begrijpelijk, want het antwoord hangt af van de stellingname ten aanzien van de grondslag van het verbod. Zo neemt Van der Burght aan dat een benadeelde crediteur over de bevoegdheid tot vernietiging beschikt. Met Van Mourik (91) zou ik willen betogen, dat alléén de schenker tot vernietiging bevoegd is, niet de erfgenamen en andere rechtverkrijgenden, daar het verbod verband houdt met de hoogst persoonlijke verhouding tussen echtgenoten. Met het oordeel van Luijten (92) dat ook de begiftigde een dergelijke rechtsvordering kan instellen, indien de schenking leidt tot economische consequenties die voor de begiftigde later zeer nadelig blijken te zijn, kan ik mij niet verenigen. Een beroep op art. 1715 BW door de begiftigde wegens het tegenvallen van de gift lijkt mij in strijd met de ratio van het artikel dat gericht is op bescherming van de schenker.

Art. 1715, tweede lid BW vormt een uitzondering op het eerste lid. Wel toegestaan zijn geschenken of handgiften van roerende lichamelijke voorwerpen waarvan de waarde niet bovenmatig is 'in aanmerking van de gegoedheid der schenkers'. Het vereiste dat het geschenk niet bovenmatig is 'in aanmerking van de gegoedheid der schenkers' wijst wederom op het streven van de wetgever onbehoorlijke beïnvloeding te voorkomen.

1 12. Huwelijkse voorwaarden staande het huwelijk

De artt. 118 en 119 boek 1 BW behelzen een regeling ter zake van het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk. Vóór 1 januari 1957 (invoering van de Lex Van Oven) gold het onveranderlijkheidsbeginsel in ons huwelijksgoederenregime. Sinds die tijd is wijziging van het huwelijksgoederenstelsel staande huwelijk toegestaan, echter geclausuleerd door strenge voorschriften. Art. 118, lid 1 BW, stelt als eis, dat het huwelijk tenminste een jaar heeft bestaan (sinds 1 januari 1970). Onder de Lex Van Oven (art. 204, eerste lid, oud BW) gold nog een driejaren-ter-mijn.

Duidelijk is een verband te leggen tussen art. 1715 BW en de artt. 118 en 119 boek 1 BW: vóórdat de wetgever wijziging staande huwelijk toeliet, duidde men veelal het onveranderlijkheidsbeginsel als grondslag van art. 1715 BW. Deze argumentatie is, sedert het onveranderlijkheidsbeginsel is opgeheven, grotendeels ondergraven, hoewel Luijten (93) de opheffing slechts betrekkelijk acht, daar de mogelijkheid tot verandering aan strenge banden is gelegd. Een ander verband tussen de voornoemde wetsbepalingen wordt door Van Mourik (94) gesignaleerd: hoewel schenkingen tussen echtgenoten ingevolge art. 1715 BW verboden zijn, is het op grond van de artt. 118 en 119 boek 1 BW mogelijk tijdens het huwelijk vermogensverschuivingen tot stand te brengen die qua materieel resultaat op één lijn te stellen zijn met die welke het gevolg zijn van schenkingen. Alle reden om derhalve ook omtrent de wijziging van het huwelijksgoederenstelsel de nodige omzichtigheid in acht te nemen. Dit gebeurt dan ook, doordat de wetgever in art. 119, lid 1, eist dat de rechtbank het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden goedkeurt op overlegging van een ontwerp van de notariële akte. Als bezwaar tegen wijziging wordt door de meeste schrijvers, naast mogelijke benadeling van de crediteuren, vrees voor ongeoorloofde beïnvloeding tussen echtgenoten aangevoerd (95). Van Mourik formuleert het als volgt: 'De bijzondere verhouding tussen de echtelieden zou kunnen bevorderen dat een echtgenoot overgaat tot een handelen dat hij, objectief gezien, niet kan hebben gewild'. Dozy wijst erop dat de rechter er bij de goedkeuring op moet toezien dat geen pressie of onbehoorlijke beïnvloeding een rol spelen (96).

De wetgever heeft getracht in art. 119, lid 3, m.v.o. te voorkomen: De goedkeuring wordt geweigerd, indien een redelijke grond ontbreekt. In dit verband wees de HR enige belangwekkende arresten waaruit blijkt dat in geval van aanzienlijke benadeling van de een en/of bevoordeling van de ander veelal geen redelijke grond aanwezig wordt geacht. Naar mijn mening, omdat verondersteld wordt, dat de bovenmatige bevoor- of benadeling door misbruik van afhankelijkheid of lichtzinnigheid tot stand is gekomen. Ik wijs op het arrest van 1962 (97) waarin de goedkeuring werd geweigerd aan een wijziging, waarbij een aanzienlijk deel van het privévermogen van de vrouw in de gemeenschap zou worden gebracht en aldus aansprakelijk zou worden voor de bedrijfsschulden van de man. Voorts op een arrest uit 1963 (98), waarin toewijzing van het verzoek zou leiden tot bovenmatige bevoordeling van de man ten koste van de vrouw zonder dat een van de aangevoerde gronden daartoe als redelijk konden worden gekenschetst. De rechter wijst het verzoek af, indien hij ongeoorloofde beïnvloeding aanwezig acht. Opvallend is, dat in casu de 'benadeelde' zelf goedkeuring vraagt van hetgeen hem mogelijk benadeelt, maar dat de rechter dit verzoek afwijst omdat hij m.v.o. impliciet aanwezig acht, terwijl in het algemeen de benadeelde een benadelende rechtshandeling tracht aan te tasten en daartoe verplicht zal zijn de aanwezigheid van m.v.o. bij de totstandkoming van de rechtshandeling aan te tonen.

1.13. Koop tussen echtgenoten

Art. 1503 BW verbiedt koop en verkoop tussen echtgenoten (99). Dit verbod is een aanvulling van art. 1715 BW. Algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat het bestaan van het koopverbod gewenst is, omdat anders art. 1715 BW eenvoudig zou kunnen worden ontduikt door de ongewenste vermogensverschuiving in de vorm van een koopovereenkomst te gieten (100). De ratio legis is m.i. dezelfde als die van het schenkingsverbod: het voorkomen van ongeoorloofde beïnvloeding. Koop veronderstelt een zakelijke sfeer, die ontbreekt in de relatie tussen echtgenoten, aldus Luijten. In het arrest Clemens/Klein (HR 17-5-1929, NJ 1929, 1279, W 12006) leerde de HR nog dat de strekking van art. 1503 BW is het voorkomen dat echtgenoten in strijd met het beginsel dat gedurende het huwelijk het huwelijksgoederenregime niet kan worden gewijzigd toch elkaar zouden bevoordelen. Deze uitspraak mag evenwel sinds de invoering van de Lex van Oven als verouderd worden beschouwd. Indien men in het koopverbod een streven om m.v.o. te voorkomen ziet, dan is benadeling van één van de echtelieden vereist voor het invoeren van de nietigheid. De literatuur van vóór het arrest van de HR uit 1975 (101) is verdeeld over de vraag of benadeling voor het invoeren van de nietigheid een *conditio sine qua non* is. De HR besliste echter in 1975, dat de wetgever in art. 1503 BW heeft

voorgeschreven dat tussen echtgenoten koop en verkoop niet zal plaatsvinden, zulks teneinde een verkapte bevoordeling van de ene echtgenoot en benadeling van de andere door middel van zulk een overeenkomst uit te sluiten. De echtgenoot die de nietigheid inroept, zal hebben te stellen door en bij het sluiten van de overeenkomst te zijn benadeeld. Luijten (102) verdedigt dat beide echtelieden de nietigheid van de koop kunnen inroepen zonder dat een bewijs van benadeling nodig is, daar anders het koopverbod een doublure van het schenkingsverbod zou vormen.

Van der Grinten (103) is evenals Luijten van mening dat, indien men het schenkingsbegrip in art. 1715 BW ruim uitlegt, de bepaling van art. 1503 BW nauwelijks zelfstandige betekenis heeft, maar verbindt daaraan niet de conclusie dat derhalve voor een beroep op het koopverbod geen benadeling vereist is. De visie van de HR omtrent het benadelingsvereiste komt mij juist voor vanuit de gedachte, dat de bepaling van art. 1503 BW een bescherming tegen m. v. o. biedt. Dat deze visie leidt tot de conclusie dat art. 1503 BW, althans bij een ruime uitleg van het schenkingsbegrip in art. 1715 BW, vrijwel overbodig is, is m.i. van ondergeschikte betekenis. Hierbij moge worden opgemerkt dat Van der Grinten in zijn noot onder het arrest van 1975 nog een smalle ruimte voor de toepassing van art. 1503 BW aanwezig acht, n.l. indien er ten tijde van de overeenkomst geen bevoordelingsbedoeling bestond, terwijl er in werkelijkheid wel bevoordeling plaats had.

1.14. De arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten

Arbeidsovereenkomsten tussen echtgenoten zijn nietig, aldus art. 1637 i BW. Past dit verbod in de lijn van de voornoemde verboden contracten? De Memorie van Toelichting 1907 bij de herziening van het arbeidsovereenkomstenrecht noemde als motief voor het contractsverbod tussen echtelieden de gedachte dat de gezagsverhouding, inherent aan het arbeidscontract, onverenigbaar is met de gelijkheid van man en vrouw in een huwelijksrelatie. Dit motief wordt door Luijten en Van Mourik t. a. p. als belangrijkste ratio legis vermeld. Beiden betwijfelen echter de juistheid van de opvatting van de wetgever. Zij achten het beginsel van de gelijkheid tussen echtgenoten geenszins strijdig met het karakter van het arbeidscontract.

De heersende leer aanvaardt in dit geval, in tegenstelling tot het rechtsgevolg van de overtreding van het schenkings- en koopverbod, absolute nietigheid. Luijten pleit echter voor een vernietigbaarheid, door beide echtgenoten in te roepen, indien de arbeidsband als te knellend wordt ervaren.

Min of meer terloops vermelden beide schrijvers een tweede grondslag van art. 1637 i BW: de vrees voor verkapte vermogensverschuivingen met een vrijgevig karakter. M.i. terecht een terloopse

vermelding; in dit verbod is ternauwernood een verband met het vitium m. v. o. te onderkennen. Indien de arbeidsovereenkomst elementen zou bevatten van een bevoordeling uit vrijgevigheid, kan, op basis van de ruime uitleg van het begrip 'schenking' in art. 1715 BW, op grond van dat artikel geageerd worden.

1.15. Hulploon

De bepalingen over het hulploon, zoals neergelegd in 555 K., zijn bij de Wet van 22-12-1924, Stb. 573, in het Wetboek van Koophandel opgenomen; tot de Wet van 27-8-1931, Stb. 320 echter in art. 563 in plaats van in art. 555.

De regeling in art. 555 K. is ontleend aan het Verdrag Hulp en Berging 1910 (art. 7) (104). Duidelijk is derhalve dat het artikel niet uitsluitend vanuit het Nederlands privaatrecht geïnterpreteerd kan worden, maar dat het in het bredere verband van het eenvoudige privaatrecht moet worden uitgelegd (105). Het zou in het kader van deze studie echter te ver voeren op die achtergrond in te gaan. Er zal slechts worden gepoogd na te gaan welke rol m. v. o. bij de hulploonregeling inneemt.

Art. 555 K. luidt:

1. Iedere overeenkomst omtrent hulploon, aangegaan tijdens en onder de invloed van het gevaar kan op vordering van een der partijen door den rechter worden vernietigd of gewijzigd, wanneer deze van oordeel is, dat de overeengekomen voorwaarden niet billijk zijn
2. In ieder geval kan de overeenkomst omtrent het loon op vordering, als vermeld in het eerste lid, door den rechter worden vernietigd of gewijzigd als blijkt, dat de toestemming van een der partijen is gegeven onder den invloed van bedrog of van verzwijging of dat tussen het vastgestelde loon en de bewezen diensten eene wanverhouding bestaat.

Een hulploonovereenkomst wordt veelal in een abnormale situatie gesloten. Er is dan sprake van een gevaarstoestand waarin acute beslissingen dienen te worden genomen en er voor lang overleg geen tijd is. Voorstelbaar is dan dat een partij onder invloed van de noodtoestand een voor haar nadelig contract sluit. Dit geldt het sterkst voor de hulpbehoevende die in een dwangpositie verkeert, maar het kan ook van toepassing zijn op de hulpverlener, indien deze ten gevolge van de noodtoestand in een emotionele gemoedstoestand verkeert. Vandaar dat een beroep op art. 555 K. aan beide partijen open staat.

Het eerste lid biedt bescherming tegen m. v. o. Het sluiten van een hulploonovereenkomst kan gebeuren onder invloed van een noodtoe-

stand waarvan misbruik gemaakt kan worden (106). De zinsnede 'tijdens en onder invloed van het gevaar' geeft de omstandigheden waarvan misbruik gemaakt wordt, nader aan.

Voor een beroep op art. 555 K. is het aantonen van enig nadeel vereist. Met de opmerking van Stein (107) dat het eerste lid geen benadeling eist, kan ik mij niet verenigen. De woorden 'dat de overeengekomen voorwaarden niet billijk zijn' duiden op het benadelingsvereiste. Stein tracht aan te tonen dat een overeenkomst onbillijk kan zijn zonder dat de wederzijds prestaties ongelijkwaardig zijn en concludeert vervolgens tot het ontbreken van een benadelingsvereiste. Gezien de jongste jurisprudentie is er echter geen bepaalde mate of vorm van benadeling voor m.v.o. vereist, voldoende is dat men, indien er geen misbruik van omstandigheden was gemaakt, de overeenkomst niet op zodanige wijze gesloten zou hebben (108).

In welke verhouding staan het eerste en het tweede lid? Zowel Stein als Van Zeven (109) achten het tweede lid niet overbodig naast het eerste. Stein niet, daar hij in het tweede lid een mogelijkheid ziet om, ook indien de handelende niet tijdens het gevaar aanwezig was, de overeenkomst nietig te verklaren. Beide schrijvers zijn gelijkgezind van oordeel dat het eerste lid van waarde kan zijn, indien een wanverhouding tussen loon en bewezen diensten ontbreekt, maar de overeenkomst nochtans onbillijke voorwaarden inhoudt. M.i. ziet het tweede lid, behalve op bedrog en verzwijging, op die gevallen waarin, zonder dat sprake is van m.v.o., een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties bestaat. Te denken valt aan een wanverhouding die het gevolg is van een onvoldoende inzicht in de situatie op het moment van het sluiten van de overeenkomst. In die visie vormen het eerste en het tweede lid derhalve geen doublure (110).

Ik zou er op willen wijzen dat art. 555 K. de rechter toestaat het gewraakte contract te vernietigen of te wijzigen. Vernietiging van een contract op grond van m.v.o. is niet ongewoon; wijziging van de overeenkomst door de rechter is in ons privaatrecht een minder gemeen verschijnsel. Eggens (111) wijst nadrukkelijk op deze bevoegdheid van de rechter, in art. 555 K. gegeven, en vraagt zich vervolgens af of in analoge gevallen niet dezelfde oplossing gebruikt zou kunnen worden. Hij beantwoordt deze vraag bevestigend.

Tot slot nog dit: evenals in het Verdrag Hulp en Berging 1910 zijn in het Verdrag Luchtvervoer bepalingen opgenomen die bescherming kunnen bieden tegen m.v.o. Dit geldt met name voor de artikelen die de aansprakelijkheid van de vervoerder regelen; voorkomen wordt dat deze zijn aansprakelijkheid kan uitsluiten.

1.16 Conclusie

In terugblik op de hiervoor besproken wettelijke bepalingen en hun relatie met m.v.o. mag geconcludeerd worden dat deze een versnipperd geheel vormen. In enkele wetsbepalingen zijn duidelijke sporen van m.v.o. te onderkennen, maar in het algemeen is met betrekking tot m.v.o. sprake van een weinig consistente wetgeving. Naast een verband met m.v.o. spelen veelal andere factoren een rol. Te denken valt onder meer aan historische achtergronden en verbanden met internationaal recht en buitenlandse rechtsstelsels. De ratio van de meeste bepalingen is vaak slechts ten dele een bescherming tegen m.v.o. Het gevolg is dat de besproken wetsartikelen weliswaar interessant zijn, voor zover geconstateerd kan worden dat ze beïnvloed zijn door het verschijnsel m.v.o., doch dat daaruit geen duidelijk omlijnd beeld van het vitium kan worden verkregen.

Derhalve is in dit hoofdstuk afgezien van een behandeling in chronologische volgorde. Dat zou een historische ontwikkeling met betrekking tot m.v.o. kunnen suggereren die niet dan wel slechts zeer beperkt aanwezig is.

1. Zie in dit verband Hammerstein-Schoonderwoerd, W.C.E., Jeugd en Ouderlijk Gezag, 1979, Privaatrechtelijke Begrippen, 5, Alphen aan de Rijn, blz. 21.
2. Zie ook Personen- en familierecht onder redactie van Polak, J.M., Deventer 1969: Minkenhof, A.A.L.: Vaderschap en afstamming van kinderen, ad artl. 225; Stein, diss., blz. 141.
3. Zie artl. 1357, 1358, 1359, 1361 en 1364 BW.
4. Personen- en familierecht, onder redactie van Polak, J.M., t.a.p.; Personen- en familierecht in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder redactie van Luijten, E.A.A.: Jonkers, W.H.A., blz. 234; Van Zeben, diss., blz. 16; Stein, diss., blz. 141; Pitlo, Kasdorp/Rood-de Boer, Personen- en familierecht, Arnhem, 1979, 6e druk, blz. 298.
5. In mondeling overleg met de Tweede Kamer, Zitting 1946-'47, no. 25, blz. 8.
6. Zie Van Zeben, diss., blz. 91.
7. Zie Groeneboom, diss., blz. 70; Kleijn, W.M.; De boedelscheiding, Arnhem, 1969, blz. 133 e.v.
8. Zie Groeneboom, diss., blz. 81 e.v.; Stein, diss., blz. 148; Asser-Meijers-V.d. Ploeg, blz. 391; Kleijn, t.a.p., blz. 325 e.v.
9. Zie Groeneboom, diss., blz. 81; Van Zeben, diss., blz. 12; Luijten E.A.A., in zijn noot onder HR 30-10-1970, NJ 1971, 98; Kleijn, t.a.p., blz. 193.
10. Rb. Rotterdam, 25-11-1974, NJ 1976, 117.
11. Zie Asser-Meijers-V.d. Ploeg, blz. 392; Meijers, E.M., WPNR 3371/3372.
12. Zie Luijten, E.A.A., in zijn noot onder HR 30-10-1970, NJ 1971, 98; Groeneboom, diss., blz. 81; anders Kleijn, t.a.p., blz. 327.
13. Van Zeben, diss., blz. 12.
14. HR 30-10-1970, NJ 1971, 98.
15. Conform Asser-Meijers-Van der Ploeg, en Pitlo/Van der Burght, Het Erfrecht, Arnhem, 1977, 5e druk; anders Van Zeben, Stein, Groeneboom en (misschien) Luijten. Zie ook Nieuwenhuis, diss., blz. 123 en Kleijn, t.a.p. blz. 327.
16. Van Zeben, diss., blz. 12.
17. Meijers, E.M., WPNR 3372, blz. 335.
18. Asser-Meijers-Van der Ploeg, blz. 389; Pitlo/V.d. Burght, t.a.p. blz. 354.

19. Zie Pitlo/Brahn, Zakenrecht, Arnhem 1980, 8e druk, blz.463.
20. HR 17-1-1929, NJ 1929, 622.
21. Wet 8-7-1874, Stb. 95.
22. HR 1-4-1927, NJ 1927, 601.
23. Zie ook Pitlo/Brahn, t.a.p., blz.464.
24. HR 17-1-1929, NJ 1929, 622.
25. Aldus Van Zeben, diss., blz.20
26. Polak, Het geleide contract, blz.8; Stoffels, Huurkoop en krediet aan de consument, Deventer, 1974, blz.1; Brahn, O.K.: Fiduciaire eigendomsoverdracht en eigendomsvoorbehoud, Zwolle, 1976, blz.1; zie over afbetaling ook Schürmann, W.C.A., De afbetalingshandel, Zwolle, 1936.
27. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz.137 e.v.
28. Van Oven, HNJV 1937, blz.14 e.v.
29. Zie ook Stein, diss., blz. 140, noot 30.
30. Hoe staat de rechter tegenover opgedrongen contracten? NJB 1940, blz. 471 e.v.
31. Langemeijer, G.E., NJB 1940, blz.487 e.v.
32. Zie Van Zeben, diss., blz.20.
33. Zie het verslag van de commissie inzake wettelijke regeling van de afbetalingsovereenkomst, 's-Gravenhage, 1932, blz.14-15.
34. HR 21-1-1926, NJ 1926, 445.
35. Rb. Amsterdam 21-6-1926, W 11661.
36. HR 13-11-1936, NJ 1937, 433.
37. Zie ook Brahn, t.a.p., blz.36.
38. Van Zeben, diss., blz.20.
39. Hondius, diss., blz.339; Asser-Rutten II, blz.35; Pitlo/Bolweg, blz.207.
40. Stoffels, t.a.p., blz.126.
41. Zie ook Stein, diss., blz.140, noot 30.
42. Zie Polak, Het geleide contract, blz. 8.
43. Zie voor wettelijke omschrijvingen artt.1576 en 1576h BW.
44. Zie artt. 1576, tweede lid en 1576h, derde lid BW.

- 45 Zie art 1576, derde lid BW
- 46 Zie over huurkoop o g · Heuff, W , Maandblad Notariaat 1968, blz 53 e.v , Broekema, H., Huurkoop van o g , Deventer, 1970
- 47 Zie Stoffels, t a.p. blz 87
- 48 Zie de ondertitel van de Wet 7-9-1973, Stb 438.
- 49 Aldus Staatssecretaris Hazekamp in de parlementaire behandeling van dit artikel, Handelingen II, zitting 1972-1973, blz 1886
- 50 Polak, Het geleide contract, blz 14
- 51 Van Zeben, diss., blz 21; zie ook Stein, diss., blz.140; Pitlo/Bolweg, blz. 207.
52. Rb.Amsterdam, 29-6-1948, NJ 1951, 489.
53. Polak, Het geleide contract, blz.15.
- 54 Kamphuisen, WPNR, 3315, blz 283.
- 55 Centrale Grondkamer, 12-3-1973, De Pacht 1974, 3174
- 56 Centrale Grondkamer, 8-2-1965, NJ 1966, 233.
57. Kamphuisen, WPNR 3315, blz.283.
- 58 Pitlo/Bolweg, blz 207
- 59 Van Zeben, diss , blz 11
- 60 Stein, diss., blz 140.
- 61 Zie ook Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz 125
62. Zie ook Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz.73
- 63 HR 29-6-1956, NJ 1956, 451
- 64 Pres Rb Almelo 20-3-1946, NJ 1946, 326, Ktg Haarlem, 12-8-1946, NJ 1947, 667.
- 65 Zo ook diverse vonnissen, aangehaald door Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, blz.125
- 66 HR 30-6-1950, NJ 1952, 36
- 67 Kluwer Contractenrecht, (Wuisman)III, no.151.
- 68 Drion, H., Compendium van het Nederlands vermogensrecht, zesde druk, bewerkt door Kakebeeke - Van der Put, M A , Deventer, 1976, blz 84.
- 69 D. 17 2 29 2.
70. Opzoomer, C W , Het burgerlijk wetboek, negende deel, artt 1654-1730, 's-Gravenhage, 1885, blz 87, Van Oven, J C , Leerboek van het Romeins

privaatrecht, Leiden, 1948, blz. 286, Van Oven, J.C. , Overzicht van Romeins privaatrecht, Zwolle, 1964, blz 47, Kaser, M. , Romeins privaatrecht, bewerkt door Wubbe, F B J , Zwolle, 1971, blz 219

71 Zie Asser-Kamphuisen, blz 498

72 HR 6-6-1956, NJ 1957, 333

73 Zie HR 6-6-1956, NJ 1957, 333

74 Asser-Kamphuisen, blz 498

75 HR 8-4-1927, NJ 1927, 1202. Zie ook HR 17-12-1936, NJ 1937, 65 en HR 18-1-1946, NJ 1946, 99

76. Zie Asser-Rutten II, blz 33 en 46

77. Zie ook het voorbeeld van Van der Grinten, W.C L. , in zijn noot in AA XIV, blz 237 onder HR 29-5-1964, NJ 1965, 104

78 Schuttevaer, H. , Schenking, Serie privaatrechtelijke studiepockets no. 8, Zwolle, 1975

79. Zie artt. 951, derde lid, 952, tweede lid, 953, tweede lid BW.

80. Stein, diss. , blz 143.

81 Zie Van der Burght, G. , Schenking tussen echtgenoten, vooral bezien vanuit het standpunt van de wetgever in art 1715 BW, WPNR 5322 en 5323, die in zijn overigens niet altijd even duidelijk opgebouwd betoog verscheidene gezaghebbende schrijvers kraakt.

82 Zie Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 72; Stein, diss. , blz 141, noot 31, De Bruijn-Soons-Kleijn, Het Nederlands huwelijksvermogensrecht, Arnhem, 1972, blz 105.

83 Aldus Van Zeben, diss. , blz. 16

84 Stein, diss. , blz 140.

85 Van Zeben, NJB 1961, blz. 751 over De Bruijn, A R. , Het Nederlands huwelijksvermogensrecht, Arnhem, 1959, blz 99.

86 Anders: Van Mourik, M.J A. , Huwelijk en vermogensrecht, Zwolle 1977, blz 29

87 Land, N K F Verklaring van het BW (1914) I, blz 244, noot 3, Polak J M. , Preadvies Broederschap der Notarissen, 1957, blz 35, Van Zeben, NJB 1961, blz 752

88 Zo ook Klaassen-Eggens-Luijten, blz 71

89 Aldus Klaassen-Eggens-Luijten, blz 71 e v

90 Aldus Klaassen-Eggens-Luijten, t. a. p. , Van Mourik, t. a. p. ; Van der Burght, t. a. p. , De Bruijn-Soons-Kleijn, t. a. p. , blz 112

91. Van Mourik, t. a. p. , blz 29

92. Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 73.
93. Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 72.
94. Van Mourik, t. a. p. , blz. 28.
95. Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 214.
96. Dozy, F.B.: Rondomde rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden, WPNR 4652 t/m 4654.
97. HR 12-10-1962, NJ 1963, 73.
98. HR 2-5-1963, NJ 1963, 343.
99. Zie omtrent dit onderwerp ook Pons, J. C. F. , Het verbod van overdracht tussen echtgenoten op grond van koop en verkoop. (art. 1503 BW), Maandblad voor het Notariaat, 1972, blz. 189.
100. Aldus Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 75 en 76; Van Mourik, t. a. p. , blz. 31; Van Zeben, diss. , blz. 193. , Van der Grinten, W. C. L. in zijn noot in AA XXV onder IIR 28-11-1975, blz. 344.
101. HR 28-11-1975, NJ 1976, 359.
102. Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 75.
103. Van der Grinten, W. C. L. , in zijn noot onder HR 28-11-1975 in AA XXV, blz. 345.
104. Zie Wildeboer, J. H. : The Brussels Salvage Convention. Its unifying effects in England, France, Germany, Belgium and the Netherlands, Leiden, 1965.
Zie over art. 555 K. ook: Cleveringa, R. P. : Zeerecht, Zwolle, 1961, 4e druk, blz. 880 t/m 886.
105. Zie Wery, P. L. , rede Leiden, 1971.
106. In deze zin: Asser-Rutten II, blz. 134; Eggens, WPNR 4704, 4705; Van Zeben, diss. , blz. 14.
107. Stein, diss. , blz. 147.
108. HR 29-5-1964, NJ 1965, 104; HR 13-6-1975, NJ 1976, 98
109. Stein, diss. , blz. 147 e. v. ; Van Zeben, diss. , blz. 14.
110. Zie Wildeboer, t. a. p. , blz. 175 en 176.
111. Eggens, WPNR 4704, 4705.

II. De rechtspraak over misbruik van omstandigheden

Inleiding

In de literatuur wordt veelal het Bovag II- arrest, 11-1-1957, NJ 1959, 37 als uitgangspunt genomen. Dit is begrijpelijk, daar in deze procedure m.v.o. voor het eerst expliciet door ons hoogste rechtscollège als grond van nietigheid van een overeenkomst is aanvaard (1)

Incidenteel vindt men in de lagere rechtspraak van vóór 1957 vonnissen waarin m.v.o. een zekere rol speelt. Ik wijs op Rb. Arnhem 26-11-1931, NJ 1933, 254, waarin een geldlening nietig werd geacht, omdat bij de totstandkoming daarvan misbruik was gemaakt van de geldnood waarin de geldlener verkeerde en omdat daardoor een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties was ontstaan (2). Voorts Ktg. Amsterdam, 27-4-1932, NJ 1933, 1011: De bepaling betreffende de schadevergoeding wegens vertraagde betaling is in strijd met de goede zeden, want de schadevergoeding is buitensporig hoog, terwijl niet is aangetoond dat ook de schade zeer hoog is; bovendien is de Société in zekere zin monopoliste, zodat zij die de beschikking over haar repertoire behoeven, wel genoodzaakt zijn het hen door de Société voorgelegde contract te tekenen. En tenslotte Rb. Arnhem 23-6-1955, NJ 1956, 84: Onevenredigheid van wederzijdse prestaties leidt naar Nederlands recht niet tot nietigheid en gedaagde stelt geen bijzondere omstandigheden, waarom zulks in het onderhavige geval wel zo zou zijn. Bedoeld is m.i. met de zinsnede 'geen bijzondere omstandigheden zijn gesteld' een verwijzing naar m.v.o. (3)

Anders dan Beekhuis in zijn noot onder het Bovag II- arrest meent ik dat ook ons hoogste rechtscollège reeds vóór 1957 aan m.v.o. heeft gedacht, zij het niet zo expliciet als in het Bovag II- arrest. In 1922 overwoog de HR (4), dat de beslissing omtrent het doen van aangifte van enig strafbaar feit niet mag worden afhankelijk gesteld van geldelijk voordeel, te verkrijgen door die keuze in een bepaalde zin te vestigen, zulks wel allerm minst, indien, gelijk hier het geval was, het voordeel langs wettelijke weg niet kon worden bereikt en het bedongen werd van iemand, die aan de schade, welke het strafbare feit wellicht toebreacht, part noch deel heeft. Impliciet is in deze zaak m.v.o. aan de orde. In het Perfra/Perquinarrest, 30-6-1950, NJ 1952, 36, sprak de HR voorts van 'op onoirbare wijze gebruik maken van de economische afhankelijkheid van de arbeider', overigens overwegende, dat het Hof kon oordelen dat

daarvan in dit geval geen sprake was, daar Perquin als directeur en aandeelhouder van de werkgeefster geacht kan worden alleszins voldoende voor zijn belangen te hebben kunnen waken. Ofschoon in de onderhavige procedure m. v. o. niet aanwezig werd geacht, wijst de HR het beroep daarop niet in zijn algemeenheid af.

Ik heb gekozen voor de behandeling van een tiental arresten, dat mij het meest relevant voorkomt. Er is evenwel nog andere rechtspraak die voor het onderwerp 'misbruik van omstandigheden' van belang is. Die zal ik in de volgende hoofdstukken, wanneer dit te pas komt, aanhalen (5). Slechts rechtszaken die ons hoogste rechtscollege bereikt hebben, worden in dit hoofdstuk aan de orde gesteld. Zij bestrijken het tijdvak van 1957 tot heden.

2.1. Bovag II (HR 11 - 1- 1957, NJ 1959, 37, VR 1957, 33, AA VI, blz. 181)

In het bekende Bovag II- arrest (6) aanvaardde ons hoogste rechtscollege voor het eerst expliciet m. v. o. als nietigheidsgrond. Alvorens over te gaan tot een bespreking van deze procedure, volgt eerst een uiteenzetting van de diverse beslissingen ter zake genomen.

Een zekere Max Mozes te Oss had zijn vrachtauto in reparatie gegeven aan de vennootschap onder firma, Uijting en Smits, te Oss. Tijdens een proefrit, uitgevoerd door een monteur in dienst van het garagebedrijf, veroorzaakte de bestuurder een aanrijding waarbij twee meisjes werden aangereden.

De Centrale Werkgevers Risico Bank, gevestigd te Amsterdam, keerde een schadeloosstelling aan de slachtoffers uit en sprak zowel het garagebedrijf als Mozes aan, ieder voor het geheel des dat de een betalende de ander zou zijn bevrijd. Uijting en Smits riep Mozes in vrijwaring op, daartoe stellende, dat in de reparatie-overeenkomst tussen hen beiden de zogenaamde Bovagclausule van kracht was. Deze clausule luidde: 'Stalling, verzorging, reparatie en berijden van motorrijtuigen geschiedt slechts onder de uitdrukkelijke bepaling, dat wij voor diefstal, verlies, tenietgaan of welke schade ook in geen enkel opzicht aansprakelijk zullen zijn, behalve wanneer blijkt van ernstige tekortkoming van de bestuurder(s) der zaak persoonlijk en dat onze cliëntèle ons vrijwaart tegen elke schade en aansprakelijkheid jegens derden'. In de onderhavige procedure speelt slechts het laatste gedeelte, het vrijwaringsbeding, een rol. In het eerste Bovagarrest (7) oordeelde de HR het eerste deel, het exonerationbeding, geldig.

Twee rechtsvragen zijn van belang: 1) maakt de gewraakte clausule

onderdeel van het contract uit? 2) Zo ja, is het beding geldig? De Rb. 's Hertogenbosch, waarvoor de zaak in eerste aanleg aanhangig werd gemaakt, ontzegde in de vrijwaring aan Uijting en Smits haar vordering, daar zij het opgedragen bewijs, dat het bord 'Bovagclausule' duidelijk in de garage was aangebracht, niet geleverd had. In het vonnis van 25-6-1954 werd derhalve door de Rb. uitgesproken dat de overeenkomst de clausule niet bevatte. Uijting en Smits is tegen dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het Hof. Het Hof liet de eerste vraag verder rusten, maar overwoog ambtshalve dat: 'zelfs indien zou moeten worden aangenomen, dat de Bovagclausule geacht moet worden tot de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst te zijn gaan behoren, de daarin opgenomen vrijwaringsclausule krachteloos is, als zijnde een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak; dat toch het Hof van oordeel is dat deze clausule moet worden gequalificeerd als een overeenkomst in strijd met de goede zeden en met de openbare orde, welk oordeel het Hof grondt op de wijze, waarop dit deel van de overeenkomst is tot stand gekomen, mede in verband met de inhoud en de strekking van de betreffende clausule; dat hierbij moet worden vooropgesteld, dat deze clausule een zéér vérgaande last inhoudt voor de automobilist op wie een vrijwaringsplicht wordt gelegd voor de gevolgen van handelingen, waaraan hij part noch deel heeft, terwijl tegenover deze verplichting geen aanwijsbaar voordeel voor hem staat; dat de automobilist tot het aanvaarden van die zware verplichtingen wordt gedwongen, daar hij zonder aanvaarding van die clausule in vrijwel geen enkel garagebedrijf in Nederland zal worden geholpen; dat derhalve moet worden aangenomen dat het Bovagbeding wordt afgedwongen door misbruik van macht door een contractspartij, aan welker belang dat van de medecontractant op vergaande wijze wordt opgeofferd'. Het Hof achtte het beding wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak, nietig, hiermee de eerste vraag onbeantwoord latend. Misbruik van machtspositie en vérgaande belasting werden expliciet genoemd.

Uijting en Smits ging vervolgens van deze uitspraak in cassatie, onder meer als middel aanvoerende, dat de wijze waarop een overeenkomst tot stand komt de oorzaak niet raakt.

De HR nam het standpunt van het Hof over: 'dat het uitgangspunt van het Hof is dat een nadelige overeenkomst (clausule) als voormeld een geoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere invloeden, welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, met name wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder den druk van omstandigheden waarvan zijn medecontractant misbruik maakte; dat dit uitgangspunt op zichzelf juist is'. De vraag echter of in het onderwerpelijke geding sprake was van m. v. o. , kon volgens de HR slechts worden beantwoord naar de bijzondere omstandigheden van het geval. Het Hof had te algemeen geoordeeld; deswege vernietigde de HR

het bestreden arrest en verwees terug naar het Hof teneinde de zaak met inachtneming van deze uitspraak verder te behandelen en te beslissen.

Zoals hiervoor reeds opgemerkt erkent de HR in deze procedure voor het eerst het vitium 'misbruik van omstandigheden' uitdrukkelijk als nietigheidsgrond voor overeenkomsten. Beekhuis (8) is van oordeel dat de HR hiermee de oorzaak = strekkingsleer heeft verlaten. Het is volgens hem moeilijk omstandigheden die bij de totstandkoming van de overeenkomst een rol hebben gespeeld, tot de oorzaak van de overeenkomst te rekenen. Hijmans van den Bergh (9) zet zich af tegen deze opvatting: hij onderscheidt a) de motieven welke tot het aangaan van de overeenkomst hebben geleid, b) andere omstandigheden welke zich bij het tot stand komen daarvan hebben voorgedaan, c) de inhoud en d) de strekking van een gegeven overeenkomst. Beekhuis stelt m.i. ten onrechte dat de HR is afgeweken van de leer, zoals neergelegd in het Monte Carlo-arrest. In dat arrest ging het immers om de motieven tót en niet om de omstandigheden bñ het aangaan van het contract. Volgens Hijmans van den Bergh kunnen deze omstandigheden, in tegenstelling tot de motieven, wel de strekking ongeoorloofd maken; noodzakelijk daartoe is dat beide partijen deze strekking voor ogen hebben.

Beekhuis somt een aantal bezwaren tegen nietigheid ten gevolge van een ongeoorloofde oorzaak op: de nietigheid kan door beide partijen worden ingeroepen en moet zelfs door de rechter ambtshalve worden toegepast. Ik ben van mening dat deze bezwaren niet onoverkomelijk zijn (10).

Blijkbaar wordt het beginsel van iustum pretium verworpen in de eerste overweging van de HR: Het Hof is niet uitgegaan van het standpunt dat enkel reeds de door het Hof aangenomen inhoud der clause, waardoor de ene partij ten gevolge van een wanverhouding tussen hetgeen wederzijds werd bedongen met een ernstig nadeel wordt belast, op zichzelf voldoende zou zijn om deze clause in strijd met de goede zeden te verklaren. Wil de clause nietig zijn dan is buiten nadeel nog iets anders vereist, nl. dat de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder de druk van omstandigheden, waarvan zijn medecontractant misbruik maakte.

In casu hielden de relevante omstandigheden een (bijna) sluitende monopoliepositie in, zoals door het Hof werd vastgesteld. Dit eerste arrest van ons hoogste rechtscollege over m.v.o. valt derhalve te rubriceren onder misbruik van economisch overwicht. De HR vernietigt het arrest van het Hof, niet omdat zijn uitgangspunt niet juist zou zijn, maar omdat het Hof slechts tot het ambtshalve uitspreken van nietigheid had kunnen komen, indien de bijzondere omstandigheden zoals ze ten deze vaststonden, dat meebrachten (11). Beekhuis stelt evenwel dat men juist in gevallen van economische dwang te maken heeft met algemeen maatschappelijke

verhoudingen, waarin de omstandigheden van ieder bijzonder geval kunnen worden verwaarloosd. Derhalve had de HR naar zijn mening het cassatiemiddel moeten verwerpen. Inderdaad spelen bij misbruik van economisch overwicht individuele factoren een minder grote rol dan bij misbruik van geestelijk overwicht. In het laatste geval is de persoonlijke, vaak moeilijk grijpbare, subtiële relatie tussen de twee contractspartijen van meer belang dan bij misbruik van monopolie, waarbij iedere consument dezelfde afhankelijke positie tegenover de monopolist inneemt. Terecht gebruikt de HR de term: 'onder de druk van omstandigheden'. Vooral in een geval van economisch overwicht zijn het de omstandigheden die de benadeelde tot het aangaan van de rechtshandeling dwingen. Met name de monopolist oefent vaak geen positieve pressie uit, hij neemt niet het initiatief, hij maakt 'slechts' ongeoorloofd gebruik van de omstandigheden die zijn medecontractant dwingen tot contracteren.

Helaas spreekt de HR zich niet uit over de vraag welke de invloed van de nietigheid van het beding op de geldigheid van de overeenkomst is. Deze vraag meent de HR open te kunnen laten, daar de vordering van Uijting en Smits slechts op het vrijwaringsbeding was gegrond en het Hof slechts over deze vordering een oordeel had uitgesproken. Wat meer duidelijkheid in deze kwestie was echter gewenst geweest.

Er wordt door sommigen (12) aangenomen dat de HR voor een beroep op m.v.o. ernstig nadeel eist. Toch is dit niet te lezen in de zinsnede: met name wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard, etc. De HR laat m.i. in dit arrest de vraag open of een beroep op m.v.o. mogelijk is, indien er geen sprake is van een onevenredig grote last of ernstig nadeel. In latere arresten (13) maakt de HR expliciet dat geen bepaalde vorm of mate van benadeling nodig is. De totale combinatie van de factoren 'misbruik', 'omstandigheden', en 'benadeling' gaat dan een belangrijker rol spelen. Nu ligt bij misbruik van monopolie, zoals in de onderhavige zaak, het accent wat zwaarder op de factor 'benadeling' dan bij misbruik van geestelijk overwicht of noodtoestand (14). Langemeijer (15) huldigt de opvatting dat de inhoud van de clause niet zozeer afwijkt van een evenwicht tussen de belangen van partijen dat zij uit zedelijk oogpunt verzet kan wekken. Hij acht een regeling waardoor van de, met de aansprakelijkheid van de bestuurder en/of diens werkgever concurrerende, aansprakelijkheid van de eigenaar de uiteindelijke wordt gemaakt niet uit zedelijk oogpunt onaanvaardbaar en meent derhalve dat het Hof hier een onzedelijke oorzaak van het beding heeft aangenomen, terwijl de feiten die het vaststelt, daartoe niet zonder meer aanleiding geven. Het uitgangspunt van Langemeijer is m.i. niet juist. Het gaat niet om de vraag of een dergelijke contractuele aansprakelijkheidsregeling zedelijk aanvaardbaar is. Indien de desbetreffende regeling volkomen vrij door de cliënt is aanvaard, is zij

zonder meer geoorloofd. Nu echter sprake was van een monopolie, kan de wijze van tot stand komen, het moeten aanvaarden van het beding, de clause ongeoorloofd maken. Dat de eigenaar, afgezien van de mogelijkheid tot verzekering, in principe nadeel lijdt, is niet aan twijfel onderhevig. Hij dient nu een risico te dragen dat zonder Bovagclause de garage zou dragen. Dit is op zichzelf niet in strijd met de goede zeden, maar de combinatie met de economische machtspositie die Uijting en Smits wellicht misbruikt, maakt dat het geheel een ongeoorloofde oorzaak kan ontberen. In verband hiermee dient niet te worden vergeten dat Mozes een risico krijgt toegeschoven voor de gevolgen van handelingen, waaraan hij part noch deel heeft en op welke hij geen invloed heeft uit kunnen oefenen en mede hierdoor vormt het beding volgens het Hof zo'n vérgaande last.

Met inachtneming van de uitspraak van de HR deed het Hof 's Hertogenbosch 3 maart 1959 uitspraak (NJ 1959, 655). Het onderzocht in dit arrest de bijzondere omstandigheden van het geval. Nu uit de polis van de w. a. -verzekering van Mozes bleek dat het risico ook gedekt was, indien een ander dan de verzekerde ter zake van de schade werd aangesproken, mits die ander door de verzekerde was gemachtigd tot het besturen van het motorrijtuig, volgde daar naar het oordeel van het Hof uit dat de Bovagclause geen onevenredig zware last op Mozes legde. Op deze grond meende het Hof dat het beding niet als ongeoorloofd ter zijde mocht worden geschoven. Op grond van feitelijke omstandigheden concludeerde het Hof dat de clause als bestendig gebruikelijk beding onderdeel vormde van de overeenkomst tussen Mozes en Uijting Smits.

Stein (16) noemt de redenering op grond waarvan het Hof de clause rechtsgeldigheid toekent, onjuist zonder overigens zijn oordeel te motiveren. Ook Langemeijer had reeds in zijn conclusie bij het arrest van de HR uit 1957 gesteld dat een eventuele verzekering van Mozes geen invloed zou hebben op de (on)geoorloofdheid van het beding. Mijns inziens kan echter de factor 'verzekering' relevant zijn voor de vraag of er al dan niet sprake is van m. v. o. Van geval tot geval dient nagegaan te worden of men mag verwachten dat de wederpartij zich tegen de voorgevallen schade heeft verzekerd. Hiervoor kunnen van belang zijn de vraag of het gebruikelijk is zich tegen deze vorm van schade te verzekeren, de hoogte van de verzekeringspremie, etc. Indien de garage mocht verwachten dat Mozes zich tegen een dergelijke schade ingedekt had, dan is er mijns inziens geen sprake van benadeling, noch van misbruik. Mozes gaat van het arrest van het Hof in cassatie (17). Het eerste cassatiemiddel, waarin Mozes het oordeel van het Hof inzake de invloed van de verzekering op de geldigheid van het vrijwaringsbeding bestrijdt, wordt door de HR afgewezen; het tweede, waarin Mozes stelt dat het Hof op onjuiste gronden het beding als bestendig gebruikelijk beding kwalificeert, wordt door de HR gegrond verklaard. Daarop volgt vernietiging van het arrest van het Hof

2.2. Van Elmbt/Feierabend (HR 29-5-1964, NJ 1965, 104, AA XIV, blz.235)

In 1964 kreeg de HR een geval van misbruik van geestelijk overwicht voorgelegd.

Mevrouw E. Feierabend, weduwe van G.J. La Brouche, verkeerde in financieel moeilijke omstandigheden. Zij was bevreesd haar huis kwijt te raken door executie daarvan door schuldeisers. Door getuigenverklaringen werd vastgesteld dat zij te dien tijde in een overspannen toestand verkeerde. Rond 1957 leerde zij de make-laar in assurantiën Van Elmbt kennen. Deze kwam veelvuldig bij haar op bezoek en wist haar vertrouwen te winnen. Van Elmbt stelde aan Feierabend voor haar een bepaalde som geld te lenen, tegen een rente van 6%, tot zekerheid waarvan hij een tweede hypotheekrecht op haar huis zou verkrijgen. Bovendien bedong hij een optierecht op haar huis, inhoudende dat hij bij voorgenomen vervreemding van het onroerend goed, waaronder begrepen aangekondigde publieke verkoping ingevolge gelegd beslag of krachtens art.1223, tweede lid, BW door een ander dan Van Elmbt, haar huis voor een prijs van f 46.000,- zou kunnen kopen. Nog tien jaar na terugbetaling van de schuld zou het optierecht geldend blijven. Op 20 december 1958 werd vervolgens publieke verkoop krachtens art.1223, tweede lid, BW aangekondigd, waarop Van Elmbt spoorslags bij aangetekend schrijven aan Feierabend meedeelde van zijn optierecht gebruik te willen maken en haar opriep voor de notaris mee te werken aan het verlijden van de akte. Feierabend weigerde haar medewerking.

Van Elmbt daagt vervolgens Feierabend voor de Rb. Maastricht en vordert haar veroordeling om mee te werken aan het passeren van de akte van eigendomsoverdracht. Feierabends verweer behelst een beroep op m. v. o. De Rb. wijst de vordering in reconventie tot nietigverklaring van de overeenkomst, althans van het beding, af met als motivering dat op grond van twee ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gedane taxaties de prijs, waarvoor Van Elmbt onder de overeengekomen voorwaarden het huis zou kunnen kopen, niet als onevenredig laag kan worden beschouwd en dat daarom niet kan worden gezegd, dat zo evident nadeel wordt berokkend, dat ieder rechtvaardigheidsgevoel daartegen in opstand komt. Bovendien staat volgens de Rb. de toestand van geestelijke overspannenheid niet onomstotelijk vast en is niet gesteld dat Van Elmbt van de geestesgesteldheid van Feierabend op de hoogte was. Er zijn drie gronden, waarop de Rb. de reconventionele vordering afwijst. Eerstens is er geen onevenredig lage prijs ofwel evident nadeel. Opvallend is in dit verband dat de Rb. letterlijk de woorden overneemt die Polak (18) neerschreef in zijn noot onder

Bovag II: 'Vanzelfsprekend is dat het betrokken nadeel zo evident moet zijn, dat het rechtvaardigheidsgevoel daartegen in opstand komt'. Door deze zinsnede te koppelen aan de constatering dat de prijs niet onevenredig laag is, kiest de Rb. blijkbaar voor het standpunt dat ernstige, objectieve-in de zin van financiële- benadeling vereist is.

Het feit dat evident nadeel ontbreekt, zou volgens de Rb. reeds voldoende zijn geweest om het beroep op m. v. o. te verwerpen. Voorts wordt echter overwogen dat de omstandigheden waarvan misbruik zou zijn gemaakt, niet vaststaan, o.a. omdat het de Rb. opvalt dat de akte van eerste hypotheek die in dezelfde tijd is opgemaakt, niet wordt aangetast. Met deze overweging valt derhalve de tweede factor 'omstandigheden', in casu abnormale geestestoestand, weg. En tenslotte wordt Feierabend verweten, dat zij niet gesteld heeft dat Van Elmbt van haar toestand afwist, althans behoorde te weten. Inderdaad dient deze kenbaarheidseis te worden gesteld. Het is moeilijk denkbaar dat iemand misbruik maakt van omstandigheden die hij niet eens kende, althans moest kennen. Zonder kenbaarheid is de factor 'misbruik', het onbehoorlijke gedrag, niet aanwezig. Feierabend gaat in hoger beroep bij het Hof 's Hertogenbosch waarbij zij bij akte ter rolle haar eis aanvult, in die zin dat ze kenbaarheid en causaliteit aanvoert: 'immers F. tot deze overeenkomst is bewogen geworden door Van E. door de onbehoorlijke beïnvloeding van deze op F. uitgeoefend, daarbij misbruik makend van haar geestesgesteldheid, waarmee hij op de hoogte was (kenbaarheid) en F. zonder die onbehoorlijke beïnvloeding niet tot bovengemelde rechtshandelingen zou zijn overgegaan (causaliteit)(19)! Bovendien verzoekt zij haar geestesgesteldheid door middel van getuigen te mogen bewijzen, welk verzoek door het Hof wordt ingewilligd. Het Hof neemt op grond van de getuigenverklaringen als afdoende bewezen aan dat F. in zeer depressieve en geestelijk labiele toestand verkeerde en gemakkelijk beïnvloedbaar was, dat haar grootste zorg was haar huis te behouden en dat naar haar overtuiging slechts Van E. haar kon redden. Hiermee zijn de omstandigheden bewezen. Dat Van E. op de hoogte was van de situatie wordt ook op grond van getuigenverklaringen bewezen geacht. Uit Van E.'s eisen - nogal onvoorzichtige - uitlatingen tegenover een derde wordt de onbehoorlijke gedraging, de factor 'misbruik' afgeleid. Over eventuele benadeling door dit misbruik laat het Hof zich verder niet uit. Het beding wordt nietig verklaard. Let wel: slechts het beding wordt nietig geoordeeld, volgens het Hof zijn er voor nietigverklaring van de gehele overeenkomst van geldlening en hypotheekstelling geen gronden gebleken. In casu is sprake van een partiële nietigheid. Hoewel het optierecht nietig is, blijft het resterende deel van de overeenkomst in stand. In tegenstelling tot de HR in het Bovag II-arrest spreekt het Hof hierover een uitdrukkelijke verklaring uit.

Van E. bestrijdt het arrest van het Hof met onder meer het volgen-

de cassatiemiddel: het Hof heeft over eventuele benadeling niets gesteld en er is ten deze ook geen sprake van benadeling.

De HR doet vervolgens twee belangrijke uitspraken:

- 1) dat misbruik van omstandigheden als hier bedoeld steeds benadeling van de wederpartij zal inhouden.
- 2) dat echter voor nietigheid van een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden geenszins een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig behoeft te zijn, doch met betrekking tot elke overeenkomst de benadeling slechts één der factoren vormt, die bepalen of de overeenkomst is aangegaan uit een oorzaak welke strijdt met de goede zeden.

Uit de door het Hof als vaststaand aangenomen feiten dat het optierecht voor een vaste prijs was verleend en jarenlang zou blijven gelden, ook indien de schuld reeds afgelost zou zijn, dat Van E. door dit recht eenzijdig werd bevoordeeld en dat het ook zou gelden indien een aangekondigde verkoop krachtens beslag of krachtens art. 1223, tweede lid, BW, niet doorging, leidt de HR af dat de gevolgtrekking van het Hof, dat de overeenkomst, voor wat betreft het optierecht (20) in strijd met de goede zeden was, gerechtvaardigd was.

Dit arrest is relevant, voor wat betreft het nadeelvereiste bij m. v. o. Een bepaalde vorm van benadeling is niet noodzakelijk. Dat betekent m. i. dat het nadeel niet gelegen behoeft te zijn in een financiële onevenredigheid van prestaties; ook subjectieve, in de zin van onstoffelijke, niet op geld waardeerbare benadeling kan voldoende zijn. Bovendien is geen bepaalde mate vereist, daar het nadeel slechts één van de factoren vormt die naast andere zoals de aard van de omstandigheden, waarvan misbruik is gemaakt, de wijze waarop dit is geschied en de verhouding tussen partijen, van belang is. Het is derhalve mogelijk dat er slechts een lichte mate van nadeel aanwijsbaar is, indien daartegenover de omstandigheden of het misbruik meer evident zijn. Reeds Stein (21) wilde in gevallen van misbruik van geestelijk overwicht de eis van objectieve-financiële benadeling laten vallen. Hofmann-Abas (22) merkt hieromtrent op: 'Met deze uitspraak gaat de HR nog verder dan Stein, door de eis der objectieve benadeling voor alle gevallen van misbruik van omstandigheden te verwerpen'.

De vraag of er in de onderwerpelijke procedure sprake was van financiële benadeling beantwoordt de HR niet. De schrijvers die Van Elmbt/Feicrabend becommentariëren zijn verdeeld in hun oordeel. Van der Grinten (23) sluit zich aan bij het betoog van P.-G. Langemeijer, dat er wel sprake was van ernstig - financieel - nadeel. Deze gevolgtrekking maakt Langemeijer op grond van de volgende feiten: terwijl F. er alles aan gelegen was het huis te kunnen behouden kon het beding die wens slechts doorkruisen, het beding kon ook geldend worden gemaakt, indien de aangekondigde verkoop geen doorgang zou vinden en bleef bovendien nog gedurende 10 jaren na de aflossing van de schuld geldig voor een vaste prijs,

hoewel door de waardestijging van onroerend goed elders misschien een veel hogere prijs te maken was. Anderen, zoals Nagelkerke (24) en Abas (25), menen dat van objectieve benadeling niet kan worden gesproken. Abas noemt als argument voor zijn opvatting onder meer dat de waardestijging niet voorzienbaar was en dat er hoogstens een kans op nadeel bestond, hetgeen op zichzelf nog geen nadeel is. Pitlo (26) ziet de benadeling in ieder geval daarin gelegen, dat de vrouw haar huis kwijt zou raken. Ikzelf acht het nadeel van financiële aard. Het feit dat men tien jaar na aflossing van de schuld nog gebonden is aan een verplichting tot verkopen tegen een vaste prijs, levert in een tijd waarin onroerend goed in waarde stijgt, geldelijk nadeel op. Abas mag dan wel betwijfelen of de waardestijging wel voorzienbaar was, Van Elmbt had hier blijkbaar minder twijfels over, gezien zijn begerigheid om het optierecht te bedingen en het later onmiddellijk geldend te maken.

Wat hier ook verder van zij, of er te deze nu van objectief of subjectief nadeel sprake was, het is meer van belang dat de HR subjectief nadeel voldoende acht voor een beroep op m.v.o. Dit subjectieve nadeel werd als volgt omschreven: 'tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen niet zou hebben gesloten'. Feierabend was gedurende geruime tijd beperkt in de vrije beschikking over haar huis en dit levert op zijn minst subjectief, in de zin van onstoffelijk, nadeel voor haar op.

De formulering die de HR hanteert, vertoont veel gelijkenis met de causaliteitseis, zoals die bij dwang, dwaling en bedrog wordt gesteld: oorzakelijk verband tussen het wilsgebrek en het aangaan van het contract. Van der Grinten merkt in zijn noot terecht op, dat men zonder het tussenvoegsel -'wegens de daaraan verbonden nadelen'- tot de conclusie zou kunnen komen dat bij m.v.o. evenals bij de drie andere wilsgebreken de eis van benadeling niet wordt gesteld. Nu de HR deze woorden wel invoegt, meen ik dat men moet concluderen dat er in elk geval enige vorm van nadeel aanwezig moet zijn.

Abas wijst in zijn dissertatie (27) benadeling als constitutief vereiste in zijn geheel af. Hij beroept zich daartoe onder meer op de uitspraak van de HR in Van Elmbt/Feierabend. Met Smulders (28) meen ik dat men deze conclusie niet uit het arrest mag trekken. Abas stelt: 'De benadeling is niet de conditio sine qua non van misbruik van omstandigheden. De benadeling is immers het gevolg. Niet in het gevolg vindt de vernietiging zijn grond en rechtvaardiging, maar in het werkelijk essentiële: de laakbare gedraging van de misbruiker'. Al stem ik in met de mening van Abas dat de benadeling niet de grond van vernietiging is, toch is m.i. m.v.o. ondenkbaar zonder benadeling. Men kan niet spreken over misbruik maken, ongeoorloofd beïnvloeden of laakbare gedragingen, indien de misbruiker de ander geen nadeel toebrengt.

Ik ben het met Abas eens dat de factor 'misbruik' belangrijk is, slechts in combinatie met het benadelen van de contractspartij is er echter sprake van misbruik. Smulders interpreteert Abas in die zin dat deze m. v. o. ook zonder benadeling mogelijk acht. Mij wordt niet geheel duidelijk of Abas benadeling in welke zin dan ook als constitutief vereiste afwijst of slechts benadeling in objectieve zin. In zijn dissertatie op bladzijde 87 maakt hij bezwaren tegen het stellen van de constitutieve eis van benadeling, terwijl hij daarentegen in noot 2 op bladzijde 87 spreekt over het niet-constitutief vereist zijn van objectieve benadeling. Indien hij slechts geldelijk nadeel als niet-constitutief beschouwt, stem ik met zijn visie in (29).

Scholten uit in zijn annotatie (30) bezwaren tegen het verzwakken van de benadelingseis door de HR. Hij huldigt de opvatting dat voor m. v. o. ernstige benadeling nodig is: 'Is er geen objectieve benadeling dan zoeken men zijn heil bij nietigheid wegens dwang'. De idee van Scholten subjectieve benadelingsgevallen onder te brengen bij dwang, wordt in de literatuur in het algemeen afgewezen (31). Ik zou echter de gedachte om m. v. o. in zijn geheel onder te brengen bij dwang niet bij voorbaat willen verwerpen. In hoofdstuk vijf wordt op dit onderwerp teruggekomen.

Dat benadeling één der factoren vormt die van belang zijn om te bepalen of er sprake is van m. v. o. naast de aard van de omstandigheden en de wijze van gebruik daarvan is m. i. de juiste visie. Terecht gebruikt Nagelkerke het onderhavige arrest als voorbeeld van zijn combinatie- en gradatiemethode (32).

2.3. Buma/Brinkmann (HR 24-5-1968, NJ 1968, 252, AA XVIII, blz. 133)

De rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging het Bureau voor Muziek-Auteursrecht, verder te noemen Buma, te Amsterdam is ingevolge toestemming van de minister van Justitie, op grond van art. 30a Auteurswet vereist, als enige gerechtigd te bemiddelen inzake muzikauteursrechten. Buma verleent namens de auteur of krachtens eigen recht vergunningen voor het in het openbaar uitvoeren van muziekwerken en int de bedragen die ter zake verschuldigd zijn.

In 1966 veranderde Buma zijn tarievenstelsel. Voordien was een algemeen tarief van kracht dat direct door de uitvoerder of organisator van de uitvoering betaald werd; de zaalverhuurder stond buiten de verhouding Buma-uitvoerder/zaalhuurder. Zoals uit de processtukken blijkt, vond Buma dat te bezwaarlijk en ontwierp derhalve een nieuwe regeling. Voortaan zou niet meer de uitvoerder toestemming vragen en de verschuldigde rechten betalen, maar de zaalverhuurder werd met de inning en het afdragen van de bedragen belast. Deze laatste mocht 10% van de gefinde som inhouden

als vergoeding voor moeite en kosten. Als tarief zou het B2-tarief gelden, dat ongeveer gelijk was aan het oude. Indien een zaalverhuurder niet wenste mee te werken, zou de oude regeling van rechtstreekse betaling door de uitvoerder aan Buma gchandhaafd blijven -immers de zaalverhuurder kan niet tot contracteren verplicht worden-, maar in dat geval zou het tarief B1 gehanteerd worden, hetwelk ongeveer het dubbele van B2 bedroeg. De NV Exploitatiemaatschappij Gebroeders Brinkmann te Haarlem, verder te noemen Brinkmann, weigerde met Buma te contracteren en sprak Buma in rechte aan, stellende dat Buma misbruik maakte van zijn machtspositie. Brinkmann voerde onder meer aan dat de zaalverhuurder door de handelingen van Buma gedwongen werd uit drie kwaden te kiezen: meewerken aan de nieuwe regeling, die grote nadelen oplevert, dan wel zelf de helft van het verschuldigd bedrag betalen of veel klanten verliezen. Derhalve verzocht Brinkmann de President van de Rb. Amsterdam Buma te verbieden een reductie op het nieuwe tarief te geven aan uitvoerders die huren van zaalverhuurders die wél ten behoeve van Buma wilden innen en afdragen.

De President wees de vordering toe, daartoe overwegende dat Buma zich jegens Brinkmann schuldig maakte aan een onrechtmatige daad, nu Buma de zaalverhuurder tegen zijn zin en zijn belang betrok in de inning van de verschuldigde gelden door hem voor de keus te stellen om of de belastende incassobemoeienissen op zich te nemen of zijn marktpositie bedreigd te zien. Het dwingen tot contracteren onder bedreiging van economisch nadeel (verlies van klanten) was voor de President voldoende reden om onrechtmatig handelen aan te nemen. Geconstateerd werd dat de regeling tegen het belang van de verhuurder inging zonder dat deze constatering verder werd toegelicht.

Buma ging van dit vonnis in hoger beroep bij het Hof Amsterdam. Ook het Hof achtte onrechtmatig handelen aanwezig en bevestigde het vonnis van de President, overwegende dat de tweeledige tarifiering er uiteraard toe leidt dat huurders terwille van eigen financieel voordeel pressie gaan uitoefenen op de zaalverhuurders om aan de litigieuze regeling mee te werken; dat Buma, daartoe in staat gesteld door zijn monopolistische positie, deze ongeoorloofde pressie uitlokt; dat slechts door financiële offers -nl. het zelf betalen van de helft van het tarief- de zaalverhuurders hun cliënten kunnen behouden; dat het eigen belang van Buma -het drukken van zijn eigen kosten- geen rechtvaardiging is voor zijn onrechtmatig handelen.

's Hofs arrest werd vervolgens door Buma in cassatie bestreden. Het derde cassatiemiddel werd door de HR gegrond geoordeeld: 'dat toch het feit dat Buma de onderwerpelijke tariefregeling ontwierp, die voor Buma een aanzienlijke kostenbesparing meebracht en als voorzienbaar gevolg had, dat pressie op de zaalverhuurders zou worden uitgeoefend om tot de regeling toe te treden, pressie

waaraan zij zich slechts door financiële offers konden onttrekken, op zichzelf niet ongeoorloofd is; dat de monopolistische positie van Buma ook de conclusie dat er onbehoorlijk gehandeld is, niet wettigt, daar niet het gebruik, maar het misbruik van monopolie onrechtmatig is; dat in het onderhavige geval van misbruik sprake zou kunnen zijn, indien de medewerking aan de regeling voor de verhuurders zo bezwaarlijk en nadelig was, dat Buma in redelijkheid hierbij rekening houdend met alle betrokken belangen, niet tot een dergelijke regeling had kunnen komen'. De HR vernietigde het arrest van het Hof en verwees het geding naar het Hof 's-Gravenhage. Het Hof (33) besliste ten gunste van Buma.

M. v. o. is een vitium dat in een contractuele verhouding een rol kan spelen. Het betreft de onderlinge verhouding van twee contractspartijen. Ook de belangen van derden kunnen echter beïnvloed worden door contracten waar zij buiten staan. Contractanten maken deel uit van een maatschappelijk systeem, waardoor hun afspraken niet slechts henzelf betreffen, maar indirect de positie van niet-contractanten raken.

De HR erkende reeds eerder in Pos-Van den Bosch en Tante Bertha (34) dat het misbruiken van geestelijk of economisch overwicht in een contractuele relatie onrechtmatig kan zijn ten opzichte van een derde wiens belangen daardoor geschaad worden (35). In de onderhavige procedure was de vraag of het op een bepaalde wijze contracteren met zaalverhuurders misbruik van machtspositie betekende ten opzichte van niet-contracterende verhuurders. Hoewel in hoogste aanleg werd aangenomen dat zonder nader onderzoek voorspands niet tot m. v. o. geconcludeerd mocht worden, werd wel door de HR aanvaard dat, indien er sprake is van misbruik van machtspositie, dit een onrechtmatige daad ten opzichte van Brinkmann oplevert. Ik acht dit een gelukkige beslissing. Indien Brinkmann wel gecontracteerd zou hebben met Buma, dan had voor haar de mogelijkheid opengestaan te trachten de overeenkomst aan te tasten op grond van m. v. o. Het zou niet juist zijn, indien zij in een ongunstigere rechtspositie zou komen te verkeren tengevolge van het feit dat zij weigerde op deze voorwaarden te contracteren.

Bezien we de zaak nader, dan is duidelijk dat aan de factor 'omstandigheden' niet getwijfeld behoeft te worden. Zowel de President van de Rb. als het Hof en ook de HR achtten een monopoliepositie aanwezig. Dit betekende dat Brinkmann in haar bedrijfsuitoefening afhankelijk was van Buma. Het feit dat Buma een economisch overwicht had op Brinkmann, kan op zichzelf nog niet tot de conclusie leiden dat sprake was van m. v. o. Bij een andersluidend oordeel zou degene die in een monopoliepositie verkeert, nimmer kunnen contracteren zonder de vrees dat de overeenkomst later wordt vernietigd. Naast een monopoliepositie zijn andere factoren van belang. Heeft de monopolist misbruik gemaakt van zijn machtspositie? Hoe en in welke mate bezwaart de overeenkomst de medecontractant?

Of Brinkmann met Buma contracteerde of niet, in beide gevallen ondervond zij nadeel. Als zij niet contracteerde, verloor zij klanten, tenzij zij zelf de helft van de premie voor haar rekening nam: een duidelijk objectief -in de zin van financieel- nadeel. Als zij wel contracteerde, diende zij de last op zich te nemen ten behoeve van Buma te innen en af te dragen. A.-G. Berger drukt het in zijn conclusie als volgt uit: 'Brinkmann werd aldus door bedreiging met economisch nadeel genoopt tot een door haar onereus geachte regeling'.

M.i. speelt de benadeling, die eventueel geleden wordt bij wél contracteren een rol om vast te kunnen stellen of er in casu sprake is van misbruik van monopolie. Het Hof beziet te eenzijdig de benadeling bij niet-contracteren nl. het klantenverlies. De omstandigheid dat Brinkmann, indien zij niet op de door Buma voorgestelde regeling ingaat, economisch verlies zal lijden, geeft slechts de benarde toestand weer, waarin zij verkeert. Ze geeft geen antwoord op de vraag of de overeenkomst benadelend is. Ik zou het aldus willen stellen: het economisch nadeel dat geleden wordt bij niet-contracteren, geeft in het kader van m.v.o. de benarde positie aan, waarvan misbruik gemaakt wordt; in het kader van de onrechtmatige daad bezien geeft het de schade aan. Maar het antwoord op de vraag of het onrechtmatig is van Buma ten opzichte van zaalverhuurders om een dergelijke regeling aan hen, terwijl ze in een dwangsituatie verkeren, voor te leggen, is afhankelijk van de vraag of deze regeling zelf benadelend werkt, derhalve m.v.o. in de contractuele relatie oplevert.

Ten onrechte stelt Van Schellen (36) dat de HR ernstig objectief nadeel eist. Dat is niet uit de overwegingen van de HR op te maken (37). Geëist wordt slechts dat de regeling zo bezwaarlijk en zo nadelig is dat Buma in redelijkheid niet tot die regeling had kunnen komen. In generlei zin wordt verlangd dat de benadeling van financiële aard is (38). Wel mag verondersteld worden, dat bij misbruik van economisch overwicht de benadeling in het algemeen vaker van financiële aard zal zijn dan bij misbruik van geestelijk overwicht. Er was in casu benadeling: de incassoverplichting brengt voor de zaalverhuurder lasten en kosten met zich mee. De kosten werden echter vergoed door de 10% aftrek die Buma toestond. Dat leidt tot de conclusie dat de eventuele benadeling niet zozeer van financiële als wel van subjectieve aard was, althans voorzover de 10% korting voldoende moet worden geacht de kosten te dekken.

Op zich maken het overwicht van Buma, de economische dwangsituatie van Brinkmann en de eventuele benadeling het handelen van Buma nog niet ongeoorloofd. Dat is pas het geval, indien Buma zijn positie misbruikt; gebruik is toegestaan (39). Interessant is de overweging van de HR, dat niet het gebruik maar het misbruik de handeling onrechtmatig doet zijn. Dit wijst op een naar voren halen van de factor 'misbruik' zoals niet eerder in de

jurisprudentie was gebeurd. De HR overweegt in dit arrest expliciet dat monopoliepositie en bezwaarlijkheid op zichzelf nog niet tot m.v.o. leiden: er is eerst van misbruik sprake indien de medewerking die van de zaalverhuurders wordt gevraagd, zo bezwaarlijk en nadelig is, dat Buma rekening houdend met alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot de regeling had kunnen komen. Of er sprake is van ongeoorloofd gebruik wordt afhankelijk gesteld van de mate van benadeling in combinatie met een afweging van de belangen van Buma en Brinkmann (40). Het is opvallend dat de mate van benadeling in de visie van de HR toch invloed heeft op het aanwezig achten van misbruik. Een handeling wordt ongeoorloofd, door dat zij zo bezwarend is, dat men haar in redelijkheid niet had kunnen stellen. Van der Grinten (41) is weliswaar van oordeel dat de mate van onoirbaarheid van het gedrag niet noodzakelijk wordt bepaald door de mate van nadeel dat de wederpartij ondervindt, maar toch wordt misbruik eerder verondersteld naar mate de benadeling zwaarder is. Uiteraard bepaalt de ernst van de benadeling niet geheel en al de factor 'misbruik'. De HR brengt een nieuw aspect naar voren: belangenafweging speelt een rol bij m.v.o. - zoals reeds eerder bij misbruik van eigendom (42). Buma behartigt zijn eigen belangen door deze regeling aan de verhuurders voor te stellen. Dat is op zichzelf een geoorloofd gebruik maken van zijn positie, ook al brengt die belangenbehartiging nadelen mee voor anderen. Er is slechts dan sprake van misbruik, indien de nadelen zo bezwaarlijk worden dat Buma in redelijkheid niet tot een zodanige behartiging van zijn eigen belangen kan komen. Hoe zwaar dit nadeel in concreto was, wilde de HR het Hof 's-Gravenhage laten beoordelen. Begrijpelijk, daar zowel de Rb. als het Hof Amsterdam aan deze vraag geen aandacht hadden besteed. Het Hof 's-Gravenhage besliste dat er géén sprake was van m.v.o.

Ik kan mij met de uitspraken van de HR en het Hof 's-Gravenhage verenigen. M.v.o. moet niet te snel aanwezig worden geoordeeld. Het te zwaar accentueren van de machtspositie van Buma is niet juist, omdat daardoor een monopolist als Buma de mogelijkheid tot contracteren te zeer benomen wordt. Al zou Brinkmann benadeeld worden door de inning van de rechten, daartegenover staat de 10% vergoeding. Nu het nadeel niet evident is en ook Buma de vrijheid moet hebben zijn zaken in voor hem aangename zin te regelen, zou ook ik hier eerder tot gebruik dan tot misbruik van omstandigheden willen concluderen (43).

2.4. Bierafnamebeding (HR 10-12-1965, NJ 1967, 80; Hof Arnhem, 1-11-1966, NJ 1967, 81; HR 22-12-1967, NJ 1968, 222 ; Hof Amsterdam 3-1-1969, NJ 1970, 89)

J.J. Vleugels, caféhouder, leende 15 april 1958 f 2.000,- van de bierbrouwerij 'De Drie Hoefijzers', terwijl hij op dat tijdstip nog

f 3557,01 schuldig was uit eerdere leningen. Reeds op 13 juli 1951 had Vleugels, tot zekerheid van de terugbetaling van hetgeen hij in juli 1951 geleend had, alsmede tot meerdere zekerheid voor de betaling van al hetgeen de brouwerij te eniger tijd uit welke hoofde dan ook van hem te vorderen zou hebben, een tweede hypotheek tot een bedrag van f 6.500,- verleend; in de notariële akte werd tevens een zogenaamde bierafnameovereenkomst opgenomen, welke in elk geval zou gelden tot 31 december 1957 of, indien pas na die datum alle schulden afgelost zouden zijn, tot dat latere tijdstip. Ten tijde van de lening van 2.000 gulden in april 1958 was dit afnamebeding nog van kracht, bovendien werd de vordering van f 2.000,- volledig gedekt door de tweede hypotheek uit 1951.

Bij akte op 17 april 1958 verleden, bedong de brouwerij een (vierde) hypotheek ten bedrage van f 3.000,- voor al hetgeen de brouwerij uit welke hoofde dan ook te vorderen had of zou hebben. Daarnaast werd Vleugels verplicht om tot en met 30 april 1983 bier en limonadedranken te betrekken van de Drie Hoefijzers, ongeacht of voor die datum reeds de volledige schuld zou zijn afgelost. Indien in 1983 nog niet alle schulden betaald zouden zijn, zou het beding geldig blijven tot de datum van aflossing. Bovendien werd de caféhouder verplicht via een kettingbeding de afnameverplichting op te leggen aan zijn opvolger.

Vleugels overlijdt 8 maart 1959. Zijn echtgenote, M.C. Budie, is enig erfgename en eigenares van het pand, waarin nog steeds het café wordt geëxploiteerd. Sinds begin 1962 wordt het bier niet meer betrokken van de Drie Hoefijzers, maar van Brands' Brouwerij te Wijlre. De Drie Hoefijzers vordert vervolgens van de Rb. Maastricht veroordeling van M.C. Budie om een boete te betalen over de periode van 1 januari 1963 tot de dag der dagvaarding en verder een bevel aan Budie het bedoelde beding stipt in acht te nemen en mitsdien het kopen en verkopen van ander bier en andere limonade dan die van de Drie Hoefijzers onmiddellijk te staken op straffe van een dwangsom. Budie beroept zich op de nietigheid van de overeenkomst met het afnamebeding wegens strijd met de goede zeden, daar er volgens haar een wanverhouding bestaat tussen de wederzijdse prestaties. Bovendien doet ze een beroep op de nietigheid van de litigieuze overeenkomst, als zijnde onder invloed van m.v.o. tot stand gekomen.

De Rb. wijst de vordering van de brouwerij toe. Een onevenredigheid van prestaties brengt nog geen nietigheid met zich mee en een afnameverplichting als de onderhavige is op zich niet onder alle omstandigheden zo bezwarend als Budie wil doen voorkomen. Het beroep op m.v.o. wordt afgewezen door de Rb. met de overweging dat zó er al sprake is van benadeling, dit op zich niet voldoende is om tot nietigheid te concluderen; niet is aangetoond dat Vleugels zich in bijzondere omstandigheden bevond. Terecht wordt de overeenkomst niet uitsluitend op grond van een wanverhouding tussen de wederzijdse prestatie nietig geacht (44).

Budie komt van het vonnis in hoger beroep bij het Hof 's Hertogenbosch met als (tweede) grief, dat de Rb. ten onrechte heeft beslist dat een bierafnamebeding met een inhoud als hier door haar aangenomen niet nietig is wegens strijd met de goede zeden. Het Hof bekrachtigt het vonnis van de Rb. Het overweegt hiertoe, dat Budie over het hoofd ziet dat, naar tussen partijen als erkend vaststaat, de looptijd van het beding van 25 op 12 jaar is teruggebracht; dat wat er van deze laatste termijn zij, het beding in ieder geval geacht moet worden te gelden voor een periode welke niet in strijd is met de goede zeden en niet gesteld of gebleken is dat thans reeds het einde van zulk een periode is bereikt. De brouwerij had bij inleidende dagvaarding gesteld, dat ze uit welwillendheid de termijn had teruggebracht tot 30 april 1970. Terecht betwijfelt Van Oosten in zijn conclusie of het dan nog wel mogelijk is dat de brouwerij toch nakoming van het beding tot 1983 eist, dat de Rb. de vordering voor dat tijdperk toewijst en dat het Hof vervolgens het vonnis ook op dit punt bekrachtigt. De overweging van het Hof inhoudende dat het beding, zoal niet voor 12 jaar, dan toch in elk geval geldig is voor een tijd die niet in strijd is met de goede zeden, doet wat merkwaardig aan. Eerstens geeft het Hof niet aan welke periode dan wel toegestaan is -tenminste niet met een exact getal-, verder lijkt het er op of het Hof uit eigener beweging een nietige overeenkomst wil converteren in een geldige. De vraag rijst of dat geoorloofd is, nu niet blijkt of partijen de overeenkomst liever gewijzigd zouden zien dan volledig nietig verklaard.

Plotseling wijzigt het Hof zijn koers in die zin dat het het beding - ook voor 25 jaar- niet in strijd met de goede zeden acht. Het Hof trekt de benadeling in twijfel en neemt aan dat de overeenkomst crediet voor de caféhouder opent en hem in staat stelt een normale winst te maken. Ook Van Oosten (45) acht blijkbaar benadeling niet aanwezig, omdat de overeenkomst voor Vleugels ook voordelen opleverde, nl. opening van crediet. M.i. is dit niet uit de overeenkomst te lezen: Vleugels verleende bij de akte van 17 april 1958 wel hypotheek aan de brouwerij voor alle vorderingen die de laatste uit welke hoofde dan ook op de caféhouder zou krijgen; dat betekent echter niet, dat de Drie Hoefijzers door dat beding ook tot credietverlening werd verplicht. Bovendien is Van Oosten van oordeel, dat de brouwerij óók verplichtingen op zich heeft genomen nl. een eenzijdige verkoopbelofte. M.i. is deze opmerking onjuist: het feit dat Vleugels zich heeft verplicht tot afname betekent niet dat de Drie Hoefijzers tot leverantie verplicht is.

En al was dit zo, dan is dit voor de brouwerij in elk geval geen belastende verplichting, daar het beding nu juist op leverantie voor een zeker tijdperk gericht was. Het beding is bepaald wel onevenredig belastend voor de caféhouder. Alle lasten rusten op hem, terwijl de brouwerij daarentegen slechts voordelen geniet. Sommigen beschouwen derhalve de onderhavige procedure als een standaardvoorbeeld van m.v.o., onder meer vanwege de evidente

benadeling (46)

Voorts acht het Hof 's Hertogenbosch het geestelijk overwicht niet aangetoond en zo al aanwezig, dan toch niet kenbaar voor de Drie Hoefijzers. Het Hof eist terecht voor een beroep op m. v. o. dat de eventuele misbruiker de omstandigheden van zijn wederpartij kent of kan kennen, daar er anders geen sprake kan zijn van misbruik. Budie gaat vervolgens in cassatie met o. a. de volgende middelen: dat door eenzijdige verkorting van de termijn van het afnamebeding het beding niet alsnog geldig wordt; dat het Hof de overeenkomst niet had mogen converteren, dat het Hof de vordering tot naleving van het beding in elk geval niet tot 30 april 1983 had mogen toewijzen; dat het Hof ten onrechte gesteld heeft dat alleen dán de overeenkomst niet geldig tot stand was gekomen, indien de omstandigheid dat Vleugels ten tijde van het aangaan van de overeenkomst zijn wil niet of slechts in verminderde mate kon bepalen, aan de Drie Hoefijzers kenbaar was geweest.

De HR (47) vernietigt het arrest, daarbij onder meer overwegende dat het Hof aan het terugbrengen van de looptijd van 25 tot 12 jaar geen consequenties heeft verbonden, doch de nietigheid van het beding op een andere grond heeft verworpen. Budie heeft aldus geen belang bij haar klacht over de onduidelijkheid van het Hof met betrekking tot de verkorting van de termijn. Twee grieven van Budie worden echter gegrond verklaard: het Hof had moeten aangeven, op grond van welke feitelijke omstandigheden het beding wel geldig zou zijn voor een tijd, waarvoor het rechtsgeldig had kunnen worden aangegaan en het Hof had bovendien niet zonder meer het vonnis van de Rb. om het beding tot 30 april 1983 stipt na te leven, mogen bekrachtigen. De grief ter zake van de kenbaarheid, wordt verworpen, daar het Hof een beroep op de strijdigheid van het beding met de goede zeden mede en in de eerste plaats heeft verworpen omdat niet gebleken is dat Vleugels in een abnormale geestestoestand verkeerde.

De HR verwijst het geding naar het Hof Arnhem. Bij arrest van 1-11-1966 (48) wijst het Hof de vordering van Budie af: dat de strekking van de overeenkomst was de brouwerij een wapen in de concurrentiestrijd te verschaffen; dat deze strekking op zich niet in strijd met de goede zeden is, alhoewel het beding geen voordelen oplevert voor de caféhouder en derhalve op louter vrijgevigheid berust; dat niet is komen vast te staan wat hem tot het accord heeft bewogen; dat, al is het beding in verhouding tot het te beschermen belang van de brouwerij voor Vleugels onbillijk benadelend, dit op zichzelf niet de conclusie wettigt, dat het als strijdig met de goede zeden nietig is; dat niet is komen vast te staan dat Vleugels handelde onder de druk van omstandigheden waarvan de brouwerij misbruik maakte.

Van het arrest van het Hof Arnhem komt Budie in cassatie. De HR (49) is van oordeel dat de eiseres in cassatie, Budie, terecht klaagt over het ambtshalve aandragen door het Hof van

'vrijgevigheid' als drijfveer van Vleugels' handelen en is tevens met Budie eens, dat deze vaststelling in strijd is met de rechts-overweging van het Hof: 'dat niet is komen vast te staan wat Vleugels tot het accoord heeft bewogen'.

Interessant is voorts de overweging van de HR dat, daar de brouwerij in eerste aanleg bij de Rb. Maastricht en in hoger beroep bij het Hof 's-Hertogenbosch naleving van het beding tot 30 april 1983 vordert en niet een eventuele nadere overeenkomst, waarbij de termijn tot twaalf jaar is gereduceerd, aan de vordering ten grondslag heeft gelegd, 'de overeenkomst beoordeeld moet worden naar de staat, waarin zij verkeerde toen de door de HR vernietigde uitspraak werd gegeven. De eenzijdige reductie van de termijn door de brouwerij is volgens de HR niet van belang voor de vraag of de vordering moest worden ontzegd wegens de nietigheid van de overeenkomst van 1958. In tegenstelling tot het arrest van 10-12-1965 laat de HR zich hier wel over de invloed van de reductie uit. Het opheffen (of verminderen) van het nadeel heeft geen effect.

Na de tweede cassatiebehandeling wordt het geding verwezen naar het Hof Amsterdam dat uiteindelijk Budie in het gelijk stelt. Dit Hof constateert een aanzienlijke en eenzijdige benadeling van Vleugels, nu het beding hem geen enkel voordeel verschaft, en leidt daaruit een gewichtig vermoeden van m.v.o. af. Het Hof neemt aan dat Vleugels in een afhankelijke positie verkeerde en dat bovendien van een vertrouwenspositie van de brouwerij ten opzichte van Vleugels kan worden gesproken. De brouwerij had Vleugels duidelijker op de strekking van de overeenkomst moeten wijzen en op zijn minst de caféhouder een concept moeten doen toekomen. Tevens is misbruik gemaakt van de onkunde en het onbegrip van Vleugels.

Het Hof vermeldt alle elementen van m.v.o. De benadeling is evident: gebondenheid, waartegenover geen enkel voordeel staat. De omstandigheden zijn: afhankelijke positie, vertrouwensrelatie, onkunde. Zowel economisch als geestelijk overwicht spelen in deze procedure een rol. Het misbruik bestaat in het niet voorlichten van Vleugels, het niet duidelijk wijzen op de consequenties van het contract. Het Hof Amsterdam hanteert echter niet de formulering omtrent de belangenafweging om tot de factor 'misbruik' te concluderen. Smulders (50) is van oordeel dat het Hof 'misbruik' afleidt uit het feit dat de brouwerij geen redelijk belang bij de afnameverplichting had. Deze opvatting is evenwel uit het arrest niet te lezen. Bovendien had de brouwerij bepaald wel een op zichzelf gerechtvaardigd belang bij het afnamebeding (nl. een extra concurrentiewapen); door het beschermen van dit belang werd echter het belang van de caféhouder te zeer geschaad, zodat de brouwerij in redelijkheid niet tot de oplegging van het litigieuze beding had kunnen komen. Volgens Smulders dient het verzuim van de brouwerij Vleugels duidelijk in te lichten eerder als een omstandigheid waarvan misbruik wordt gemaakt, te worden beschouwd, dan als

invulling van het begrip 'misbruik'. Inderdaad zou men de onwetendheid van Vleugels als omstandigheid kunnen typeren; nu echter deze omstandigheid veroorzaakt is door verzuim aan de kant van de Drie Hoefijzers, is hierin tevens het ongeoorloofde, het misbruik gelegen.

In 1971 kreeg de Rb. Assen (51) een soortgelijke zaak voorgelegd. De Rb. wees een beroep op m.v.o. af. Geheel verwonderlijk is dit niet; er zijn een aantal verschillen met de in deze paragraaf behandelde procedure: het afnamebeding gold 'slechts' voor tien jaar, er was niet in zo sterke mate sprake van geestelijk overwicht, gedaagdes zoon was vrijwel meteen door de brouwerij op zijn verplichtingen gewezen en er was tot tweemaal toe een aanbod tot schikking gedaan door de brouwerij. De benadeling en de omstandigheden lijken niet zo evident als in de Budie/Drie Hoefijzers-procedure.

2.5. Weduwepensioen. (HR 29-4-1971, NJ 1972, 336, AA XX, blz.504)

Het Weduwepensioen-arrest betreft een in de jurisprudentie bekend verschijnsel: het echtscheidingsconvenant.

Man Y en vrouw X waren 19 november 1941 gehuwd. In 1945 strandde het huwelijk. Y ging met Mej. Z. samenwonen. Zestien januari 1948 sloten X, Y en Z een overeenkomst, waarbij werd afgesproken dat X een vordering tot echtscheiding tegen Y zou instellen teneinde deze de gelegenheid te geven na de echtscheiding met Z te huwen, indien haar (X) levensonderhoud op afdoende wijze werd geregeld. In dit convenant was onder meer de bepaling opgenomen, dat partij Z zich tegenover partij X verplichtte, indien zij door het overlijden van Y in het genot van een pensioen mocht komen, 50% van dit pensioen, met een maximum van f 120,- per maand, uit te keren aan partij X. Y overleed 14 november 1969. Sinds die tijd ontving zijn weduwe Z een pensioen van ongeveer f 500,- per maand. Het verzoek van X aan Z tot afdracht van een maandelijks bedrag van f 120,- werd door Z geweigerd met het argument dat de desbetreffende overeenkomst een geoorloofde oorzaak zou ontberen.

X daagt Z voor de President van de Rb. Amsterdam en vordert veroordeling van Z tot betaling van f 360,- plus zoveel malen f 120,- als na februari 1970 tijdens het leven van beide partijen maanden zullen verschijnen. De President van de Rb. wijst de vordering van X toe, daartoe stellende dat niet valt in te zien dat de overeenkomst niet aan het wettelijke vereiste van een geoorloofde oorzaak voldoet. De President acht ook geen feiten aanwezig waaruit m.v.o. blijkt.

Z gaat in hoger beroep van dit vonnis bij het Hof Amsterdam. Bij arrest van 24 juni 1970 vernietigt het Hof het vonnis van de Rb.

Naar het oordeel van het Hof brengt de omstandigheid, dat X het instellen van een vordering tot echtscheiding afhankelijk stelt van de in de litigieuze overeenkomst neergelegde verplichting voor Z om aan X uitkeringen tot levensonderhoud te doen, mee dat die overeenkomst een geoorloofde oorzaak ontbeert; het strijdt immers met de goede zeden het recht om echtscheiding te vorderen te bezigen als hefboom ter verkrijging van alimentatieaanspraken jegens Z, op wie zonderdien geen enkele verplichting tot uitkering aan X zou rusten.

X bestrijdt het arrest van het Hof in cassatie. De HR (52) doet de volgende uitspraak: 'dat immers de wet aan de echtgenoot die recht heeft echtscheiding te vorderen de keus laat om al of niet van dit recht gebruik te maken, en het deze echtgenoot niet onder alle omstandigheden euvel kan worden geduid dat hij van deze positie gebruik maakt door, ingeval de wederpartij echtscheiding wenst, zijn bereidheid om daaraan mede te werken van bepaalde door de wederpartij of door een derde te vervullen voorwaarden afhankelijk te stellen; dat de sterke positie, waarin de echtgenoot die het recht heeft echtscheiding te vorderen, aldus door de wet is geplaatst, ertoe kan leiden dat deze echtgenoot van de wederpartij of van derden voordelen bedingt, waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kan maken'.

In dat geval is er volgens de HR sprake van m.v.o.; het is echter ook mogelijk dat het bedingen van bepaalde voordelen niet onredelijk is, zodat de overeenkomst rechtsgeldig is. De HR vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam, omdat het met de laatste mogelijkheid geen rekening heeft gehouden en verwijst het geding naar het Hof 's-Gravenhage.

De zogenaamde echtscheidingsconvenanten werden vooral in de oudere jurisprudentie en literatuur met wantrouwen bekeken. Van belang is in dit verband het arrest van de HR uit 1933 (53), waarin een echtscheidingsconvenant waarbij de vrouw echtscheiding 'koopt' van haar echtgenoot, in strijd met de goede zeden wordt geoordeeld. Uit dit arrest kan evenwel niet worden afgeleid dat elke overeenkomst terzake van echtscheiding waarbij geld wordt toegezegd zonder dat daartoe een wettelijke verplichting bestaat, in strijd met de goede zeden is (54).

Gesteld kan worden dat een convenant waarin de vordering tot echtscheiding van geld afhankelijk wordt gesteld, in het algemeen rechtsgeldig is, doch een geoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval. Wanneer is een dergelijke overeenkomst ongeoorloofd? Deze vraag beantwoordt de HR als volgt: 'indien de echtgenoot van zijn wederpartij of van derden voordelen bedingt, waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kan maken'. Het ongeoorloofde is derhalve niet gelegen in het afhankelijk stellen van geld, maar in het bedingen van niet te rechtvaardigen geldelijke voordelen.

Indien men er van uitgaat dat onereuze bedingen in een convenant

aantastbaar zijn, komt de vraag naar voren welke constructie men daarvoor kiest. De HR heeft hiertoe de m.v.o.-constructie aangevend. Op een enkele uitzondering na stemt de literatuur met deze keuze in.

Miins inziens zijn drie visies denkbaar. Allereerst zou verdedigd kunnen worden dat het zich verbinden tot het vorderen van een echtscheiding op zichzelf, onder welke omstandigheden ook, in strijd is met de goede zeden. In casu kwam deze vraag niet aan de orde. Niet zeker is of X zich wel verplicht heeft tot het vorderen van echtscheiding. Bij de overeenkomst werd vastgesteld dat ze haar voornemen slechts wilde effectueren, indien haar financiële positie werd verzekerd.

Een tweede opvatting kan zijn, dat onder bepaalde concrete omstandigheden de inhoud van het convenant in strijd is met de goede zeden. Van der Grinten (55) wil een criterium voor de geoorlooftheid vinden in de inhoud van de overeenkomst. Indien de vordering tot echtscheiding afhankelijk wordt gesteld van niet gerechtvaardigde financiële voordelen, dan is die inhoud ongeoorloofd; zijn de geldelijke verplichtingen te rechtvaardigen dan is de inhoud in de rechtsorde aanvaardbaar.

De derde mogelijkheid houdt in dat niet het contracteren op zichzelf of de inhoud van de overeenkomst ongeoorloofd wordt geacht, maar de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt. Deze ingang wordt door de HR terecht gekozen (56). Indien men bedenkt dat deze procedure wordt gevoerd onder vigeur van het oude echtscheidingsrecht, wordt duidelijk dat zowel Y als Z zich in een dwangpositie bevonden. Zij waren afhankelijk van de medewerking van X. Juist deze benarde toestand kan een beding een geoorloofde oorzaak doen ontberen wegens m.v.o.

Er zijn enkele bezwaren tegen de m.v.o.-constructie aan te voeren. Zo laat het onderhavige geval zich moeilijk onderbrengen bij een van de standaardcategorieën van m.v.o. - ik ga uit van drie categorieën: misbruik van economisch overwicht, misbruik van noodtoestand en misbruik van geestelijk overwicht. Twee mogelijkheden dienen zich aan: gesteld zou kunnen worden dat Y zich in een noodtoestand bevond. Ik ben het met Abas (57) eens dat daar in strikte zin geen sprake van is, hoewel dat afhankelijk is van de vraag hoe ruim het begrip 'noodtoestand' mag worden uitgelegd. Voorts zou aan misbruik van geestelijk overwicht gedacht kunnen worden. Ik denk hierbij met name aan misbruik van (relatieve) afhankelijkheid. De bijzondere (juridische en emotionele) verhouding tussen echtgenoten schept de afhankelijkheidspositie. Ik onderken dat bij welke van beide categorieën de onderwerpelijke zaak ook wordt ondergebracht, er altijd sprake is van een zekere geforceerdheid.

Een ander argument tegen de m.v.o.-constructie wordt door Van der Grinten in zijn noot in AA aangevoerd. Het begrip m.v.o. dijt z.i. te ver uit, indien men in deze casus m.v.o. aanwezig acht. Het initiatief tot het convenant gaat meestal van de 'koper' van de

echtscheiding uit, i.c. Y. De 'koper' beweegt de 'verkoper' tot medewerking. Van der Grinten vraagt zich af of in een dergelijk geval gesteld kan worden, dat de partij aan wie de toezegging (van geldelijk voordeel) wordt gedaan, misbruik maakt van omstandigheden. Bloembergen (58) ziet hierin geen enkel bezwaar: volgens het GO behoeft de misbruiker het slachtoffer niet tot de rechtshandeling te bewegen, maar de totstandkoming van de rechtshandeling slechts te bevorderen.

Indien van de m.v.o.-constructie wordt uitgegaan, dan is het op zijn plaats de factoren 'misbruik' en 'benadeling' nader te bekijken. De eventuele benadeling is slechts relevant, indien en voorzover deze door de omstandigheden afgedwongen is (59).

Nagelkerke (60) betwijfelt het bestaan van enige benadeling voor Z. Pas na het overlijden van Y zou z.i. vastgesteld kunnen worden of er benadeling van Z is, daar eerst dan de hoogte van het pensioen bekend is. Hij acht voorts voor de vaststelling van objectieve benadeling de duur van het huwelijk tussen Y en Z en het gegeven of er al pensioenafspraken staande het huwelijk Y en X bestonden, van belang. M.i. verwacht de schrijver twee factoren: benadeling en onbillijke benadeling. Objectieve -in de zin van financiële-benadeling van Z staat van meet af aan vast, daar zij zonder het convenant het volledig pensioen zou genieten. De factor benadeling is met het sluiten van het convenant gegeven. Een andere vraag is of de benadeling onbillijk, ongerechtvaardigd is. Deze vraag betreft echter niet de factor 'nadeel' maar de factor 'misbruik'. Indien er sprake is van ongerechtvaardigde benadeling, met andere woorden indien de echtgenoot voordelen bedingt, waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kan maken, dan is er sprake van misbruik van zijn positie.

Of er i.c. misbruik is gemaakt, kan inderdaad afhankelijk zijn van de hoogte van de pensioenuitkering en de verdeelsleutel -in het litigieuze beding waren echter beide punten ingebouwd. In de literatuur wordt de vordering van X in het algemeen uiterst bescheiden genoemd (61). Verwezen wordt in dat verband o.a. naar art. 153 boek 1 BW en de Algemene Burgerlijke Pensioenwet, 6-1-1966, artikelen G4 en H5. Ook ik ben van mening dat op grond van de concrete omstandigheden verdedigd kan worden dat de dwangpositie van Y en Z en de financiële benadeling van Z door het convenant vaststaan, doch dat er geen misbruik is gemaakt, maar slechts redelijk gebruik. Dit aspect maakt deze uitspraak van de HR belangrijk: het gebruik maken van een sterke positie door voordelen te bedingen impliceert nog geen misbruik. Smulders (62) benadrukt dit punt terecht: uit dit arrest blijkt duidelijk dat de HR in 'misbruik' een zelfstandig vereiste ziet en niet slechts een benaming voor het vitium.

Nagelkerke acht het onjuist hier de m.v.o.-constructie toe te passen, daar volgens hem benadeling ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet vaststond. Omdat m.v.o. een vitium is in de

totstandkomingsfase van de overeenkomst, meent hij dat het juist is in deze procedure met de HBU-constructie te werken: een beroep op het op zichzelf niet ongeoorloofd beding kan in strijd zijn met de goede trouw. Gelet op het uitgangspunt van Nagelkerke, dat 'misbruik' en 'nadeel' ten tijde van de sluiting van het convenant nog niet vaststaan, is zijn visie begrijpelijk.

In 1974 wijst de HR wederom een arrest over een echtscheidingsconvenant (63). De HR bekrachtigde de uitspraak van het Hof dat van m.v.o. geen sprake was, ook al waren voordelen bedongen, waarop zonder het convenant geen aanspraak had kunnen worden gemaakt. M.v.o. werd niet aanwezig geacht, daar sinds de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht de bevoegdheid om echtscheiding te vorderen niet meer aan de 'onschuldige partij' is voorbehouden, zodat niet van een dwangpositie kan worden gesproken.

2.6. Antilliaanse fraude (HR 31-5-1974, NJ 1974,435)

Een zekere Y pleegde in vereniging met R en T malversaties ten nadele van de Caribbean Credit Corporation (CCC). X, een broer van Y, is bang zijn goede naam geschaad te zien door een eventuele strafvervolgning tegen zijn broer en sluit derhalve een overeenkomst met CCC, waarin hij zich verplicht de schade, ontstaan door de malversaties, aan CCC te vergoeden. X betaalt één maal f 2000,- en weigert daarna verdere betaling.

CCC vordert voor de rechter in eerste aanleg nakoming van de overeenkomst. X verweert zich door onder meer aan te voeren dat hij wel gedwongen was de overeenkomst aan te gaan, daar een strafvervolgning tegen zijn broer zijn zakenreputatie catastrofaal zou ruineren. De rechter wijst bij vonnis van 5-6-1972 de (inmiddels in geringe mate verminderde) vordering van CCC toe, hiertoe o.a. overwegende dat de overeenkomst stellig een geoorloofde oorzaak had, terwijl uit de door X aangevoerde omstandigheden, zelfs indien juist, van pressie, dwang of valse voorlichting als wilsgebrek in de zin van de artt. 1338 e.v. BW niet gebleken is. Voorts wordt overwogen: 'dat van die wilsgebreken alleen aan "geweld" kan worden gedacht, van hoedanig geweld in de zin van de wet echter ook niet gesproken kan worden, zelfs niet indien de suggestie om de onderhavige overeenkomst aan te gaan van CCC zou zijn uitgegaan met de opmerking dat anders aangifte zou worden gedaan'. In eerste instantie wordt derhalve m.v.o. in het geheel niet aangeroerd. Van dit vonnis gaat X in hoger beroep bij het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen. Het Hof is, anders dan de rechter in eerste aanleg, van oordeel dat X's verweer doelt op m.v.o. Het Hof wijst het beroep op m.v.o. af, daartoe stellende dat de omstandigheden waarin X verkeerde van dien aard waren, dat hij moest kiezen tussen een mogelijke strafvervolgning van zijn broer Y en een vergoeding van de schade. X heeft naar eigen zeggen gekozen voor het laatste, omdat hij bang was dat een eventuele strafver-

volging zijn goede naam zou schaden. Daaraan doet niet af dat CCC wellicht gedreigd heeft met aangifte, omdat een dergelijk dreigement niet kan worden beschouwd als m.v.o. Daarvan zou slechts sprake zijn, indien CCC onder bedreiging met strafvervolging voor zich meer had bedongen dan gerechtvaardigd was op grond van de door de malversaties veroorzaakte schade en in die zin een verdeling had gekregen, waarop zij geen recht had. Het Hof bekrachtigt bij uitspraak van 24-4-1973 het vonnis.

X bestrijdt vervolgens deze uitspraak met onder meer het volgende cassatiemiddel: dat CCC misbruik heeft gemaakt van omstandigheden, immers geprofitteerd heeft van de zware druk, waaronder X verkeerde door hem voor de keus te stellen tussen strafvervolging en vergoeding van de schade, en hem een overeenkomst onder die druk heeft laten tekenen, die voor hem alleen een groot financieel verlies betekende, daar hij aan CCC niets schuldig was, alle welke omstandigheden de nietigheid van bedoelde overeenkomst opleveren. De HR verwerpt het cassatieberoep, overwegende dat wat betreft het beroep van X op door CCC gemaakt misbruik van omstandigheden het Hof, er van uitgaande dat ten gevolge van gepleegde malversaties er jegens CCC een - zij het niet op X rustende - schadevergoedingsplicht bestond, heeft aangenomen, dat X ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst van 7 november 1969 in de omstandigheid verkeerde, dat hij moest kiezen tussen een mogelijke strafvervolging van zijn broer Y en het aanvaarden van de verplichting om aan CCC de vorenbedoelde door haar geleden schade te vergoeden; dat het Hof voorts heeft aangenomen, dat X zijn keuze bepalend op het aanvaarden van de verplichtingen om de schade van CCC te vergoeden, een overeenkomst sloot, waaraan CCC niet meer recht ontleende dan gerechtvaardigd was op grond van de door de malversaties veroorzaakte schade; dat het Hof door aan laatstbedoeld feitelijk oordeel de gevolgtrekking te verbinden dat CCC geen misbruik van omstandigheden heeft gemaakt, waardoor de overeenkomst een geoorloofde oorzaak zou ontberen, geen rechtsregel heeft geschonden.

Voorts overweegt de HR dat het Hof betekenis kon ontfangen aan de vraag of CCC had gedreigd aangifte te zullen doen, daar de mededeling dat, zo X zich niet tot schadevergoeding zou verplichten, een-op zichzelf geoorloofde-aangifte zou worden gedaan, dan toch slechts zou zijn gebedigd ter bereiking van een geoorloofd doel en uit dien hoofde niet als ongeoorloofd zou zijn aan te merken.

De boven weergegeven procedure vertoont in menig opzicht gelijkenis met het in 1971 gewezen Weduwepensioenarrest. Terwijl in dat arrest de prelabelle vraag was of men zich in een obligatoire overeenkomst kan verplichten echtscheiding te vorderen - een vraag die overigens in het arrest niet uitdrukkelijk aan de orde komt noch behoeft te komen, maar die wel door Van der Grinten wordt behandeld in zijn noot (64) -. komt in deze procedure het probleem naar voren, of men zich kan verbinden met betrekking tot het al

dan niet doen van aangifte van een strafbaar feit.

Een belangrijk aanknopingspunt zou het arrest van de HR uit 1922 (65) kunnen zijn waarin werd beslist dat de beslissing omtrent het doen van aangifte van enig strafbaar feit -ook al is men in de keuze tussen wel en niet aangifte doen vrij- niet afhankelijk mag worden gesteld van geldelijk voordeel, te verkrijgen door die keuze in een bepaalde zin te vestigen, zulks wel allerm minst nu het voordeel langs wettelijke weg niet verkregen kan worden en het bedongen werd van iemand, die aan de schade part noch deel had.

Het is interessant te constateren dat ons hoogste rechtscollège het aangaan van de verplichting om geen aangifte te doen tegen geldelijk voordeel op zich reeds ongeoorloofd acht, terwijl A.-G. Tak in zijn conclusie bij dit arrest overweegt dat bij de toetsing van de wil van partijen de omstandigheden die een rol spelen bij het tot stand komen van de overeenkomst in aanmerking genomen moeten worden.

Wat ook zij van de vraag of men zich geoorloofd kan verbinden met betrekking tot het doen van aangifte (66), in de onderhavige procedure uit 1974 speelt dit punt ternauwernood een rol. Slechts X had verplichtingen op zich genomen. De eventuele dreiging met aangifte door CCC impliceert niet dat CCC zich gebonden had om geen aangifte te doen. Scholten (67) huldigt de opvatting dat het contract deze verplichting wel bevat; weliswaar niet uitdrukkelijk, maar op grond van de goede trouw. Ik ben echter van mening dat dit niet tot de inhoud van de overeenkomst behoort. Wel is verdedigbaar dat voor X, indien CCC, nadat X de schade had vergoed, toch aangifte gedaan zou hebben, een beroep op dwaling zou openstaan (68). Ook de HR neemt niet aan dat uit 's Hofs vaststelling van de inhoud van de overeenkomst volgt dat een verbintenis voor CCC in het leven is geroepen om geen aangifte te doen van de door Y gepleegde strafbare feiten.

In dit arrest ging het wederom om de vraag of van de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten, misbruik is gemaakt en of dientengevolge de overeenkomst wegens het ontberen van een geoorloofde oorzaak nietig is

De rechter in eerste aanleg spreekt slechts over het wilsgebrek 'geweld', hetwelk hij niet aanwezig acht. Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen vat het verweer van X als een beroep op m.v.o. op. Op welke gronden wijst het Hof dit beroep nu af? Geen twijfel bestaat aan de factor 'omstandigheden': het Hof constateert dat X voor de keuze staat tussen een mogelijke strafvervolg ing van zijn broer en het vergoeden van de schade. Met deze constatering staat de dwangpositie van X vast, nu bekend is dat X bevreesd is dat zijn goede reputatie wordt geschaad door een eventuele strafvervolg ing. De omstandigheden, waarin X verkeert, kunnen als een noodtoestand worden beschouwd, in de zin van een toestand van gevaar voor lijf, leven, eer of integriteit. In dezelfde zin oordeelt blijkbaar Wuisman (69), die dit arrest onder de rubriek

'chantage' brengt. Tevens staat de benadeling vast. X wordt door het contract verplicht een aanzienlijk schadebedrag te betalen, een vergoeding waartoe hij anders dan ingevolge de overeenkomst op geen enkele wijze verplicht was. Nagelkerke (70) betreurt dat de factor 'benadeling' niet verder onderzocht is. Niet geheel duidelijk wordt, wat met dit onderzoek volgens hem bereikt had kunnen worden.

Het accent ligt in deze procedure op de vraag of CCC al dan niet misbruik heeft gemaakt van de dwangpositie van X. De sterke positie van CCC maakt op zich de overeenkomst niet nietig (71). Het Hof is van oordeel dat er geen sprake is van misbruik. Er zou slechts dan sprake zijn van misbruik, indien CCC onder dreiging met strafvervolgning voor zich meer had bedongen dan gerechtvaardigd was op grond van de schade en zodoende een vordering had verkregen waarop zij geen recht had. Deze formulering, bevestigd door de HR, sluit nauw aan bij het Weduwepensioenarrest; daar werd misbruik aangeduid als het bedingen van voordelen waarop men in redelijkheid geen aanspraak kon maken. 'Meer bedingen dan gerechtvaardigd is' moet m.i. in dezelfde zin worden verstaan. Terecht noemt Smulders het Weduwepensioenarrest en het onderhavige arrest als bewijs voor zijn stelling dat de factor 'misbruik' een zelfstandige functie inneemt bij het vaststellen van m.v.o. Of men meer eist dan gerechtvaardigd is, acht hij een kwestie van afweging van de belangen van beide partijen. Hier blijkt wederom dat uit de benadeling van de belangen van de ene partij op zichzelf geen misbruik door de andere partij volgt.

Is in casu sprake van misbruik door CCC? Het is niet eenvoudig in deze zaak de betrokken belangen af te wegen. Duidelijk is dat CCC een gerechtvaardigd belang had bij de vergoeding van de geleden schade. Van belang is evenwel dat zij deze schade bedingt van iemand die het strafbare feit waardoor de schade veroorzaakt is, niet begaan heeft en derhalve niet schadeplichtig is. Gesteld zou kunnen worden dat het bedingen van schadevergoeding op zichzelf weliswaar redelijk is, maar dat toch sprake is van misbruik, daar de vergoeding van een ander dan de schadeplichtige wordt verlangd. Ik ben echter geneigd om verscheidene redenen géén misbruik door CCC aan te nemen. Eerstens blijkt reeds uit het Weduwepensioenarrest dat het bedingen van een voordeel van een derde niet altijd misbruik behoeft te zijn (in het Weduwepensioenarrest was Z een derde). Ik deel de gedachte van Nagelkerke (72), dat deze derde wel bij de gang van zaken betrokken moet zijn. Hij is derhalve derde in die zin dat hij niet zelf verplicht was tot alimentatie resp. schadevergoeding, maar hij is wel in de zaak verwickeld. Z was bij de zaak betrokken, omdat zij belang had bij de echtscheiding X-Y; het is niet onredelijk dat zij daar iets tegenover stelt. X is zelfs op verschillende wijzen bij de zaak betrokken: eerstens had hij ten tijde van de malversaties een controlerende taak, die hij blijkbaar niet geheel optimaal vervulde, en verder

was hij degene die veel waarde hechtte aan het niet doen van aangifte. Nu CCC belang had bij vergoeding van de geleden schade, lijkt het gerechtvaardigd dat X om zijn belang bij niet-aangifte veilig te stellen, daar iets tegenover stelt.

Ik kom op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval tot de conclusie dat geen sprake is van misbruik. Weliswaar is de factor dat X niet verplicht was tot schadevergoeding van belang voor de vaststelling van eventueel misbruik door CCC, maar de hierboven genoemde omstandigheid, dat X, ofschoon in bepaalde zin een derde, toch bij de gang van zaken betrokken was door zijn controletaak en door zijn belang bij niet-aangifte, afgewogen tegen het gerechtvaardigd belang van CCC bij vergoeding van de schade, wettigen m. i. de conclusie dat CCC slechts gebruik van zijn sterke positie maakte.

Nagelkerke (73) betreurt dat het Hof zo weinig aandacht besteedt aan het feit dat X onverplicht voor zijn broer Y insprong, terwijl Scholten (74) het, overigens zonder nadere motivering, toejuicht dat het feit dat X part noch deel had aan de schade geen enkele rol speelt. Uit mijn betoog mag blijken dat ik me bij Nagelkerkes visie aansluit.

2.7. Bluijssen/Kolhorn (HR 13-6-1975, NJ 1976, 98)

Dit arrest volgt de lijn van het Van Elmbt/Feierabend-arrest uit 1964.

De feiten waren als volgt: in of omstreeks april 1970 verkoopt Beekhuizen aan Kolhorn enige huizen. Beekhuizen verkeerde op dat tijdstip in een overspannen toestand ten gevolge van de grote schuldenlast die op hem drukte, het feit dat hij kort tevoren in voorlopige hechtenis had gezeten en de faillissementsaanvraag die tegen hem was ingediend. Bij vonnis van 25-6-1970 verklaarde de Rb. Arnhem Beekhuizen failliet met benoeming van Ph. Bluijssen tot curator. De curator vordert van de Rb. Arnhem het uitspreken van de nietigheid van de verkoop van de huizen. Bluyssen voert hiertoe twee gronden aan:

- 1) nietigheid van de koop wegens een ongeoorloofde oorzaak: dat Kolhorn Beekhuizen tot deze kooovereenkomst heeft bewogen, daarbij gebruik makend van de omstandigheden waarin Beekhuizen toen verkeerde, welke omstandigheden Kolhorn bekend waren, etc.; dat Beekhuizen zonder die onbehoorlijke beïnvloeding de kooovereenkomst niet zou hebben gesloten aangezien de transactie voor hem in feite nadelig was;
- 2) nietigverklaring van de koop: dat de koop een door Beekhuizen onverplichte handeling betrof waardoor de schuldeisers zijn benadeeld en zowel bij Kolhorn als bij Beekhuizen de wetenschap aanwezig was dat de schuldeisers door de koop en levering benadeeld zouden worden. Eiser begroot de benadeling op f 19 150,- zijnde

het verschil tussen de geschatte waarde van de beide panden en de door Kolhorn betaalde koopsom. De Rb. wijst bij vonnis van 29 juni 1972 de vordering van de curator toe, daartoe overwegende dat de curator terecht de nietigheid van de verkoop heeft ingeroepen ingevolge art. 42 F.

Kolhorn komt van dit vonnis in hoger beroep bij het Hof Arnhem. De curator handhaaft beide rechtsgronden (art. 42 F. en m.v.o.). Het Hof acht na oproepen van diverse (in hun verklaringen tegenstrijdige) getuigen niet bewezen dat Kolhorn de panden in april 1970 voor een te lage prijs heeft gekocht: 'dat derhalve geen grond aanwezig is voor de stelling dat de schuldeisers van Beekhuizen door de koopovereenkomst zijn benadeeld'. Ook het beroep op m.v.o. acht het Hof ongegrond. Volgens het Hof is voor m.v.o. steeds benadeling vereist, zij het niet in een bepaalde vorm of mate. Nu in het geheel niet van benadeling is gebleken, is voor een beroep op m.v.o. geen plaats.

Bluyssen bestrijdt vervolgens het arrest van het Hof in cassatie. Hij voert daartoe onder meer aan dat er wél sprake is van benadeling, nl. het verschil tussen de marktwaarde van de beide panden en de door Kolhorn betaalde prijs; dat een eventueel ontbreken van financieel of economisch nadeel een beroep op m.v.o. niet in de weg staat; dat voor het Hof niet aan de orde was de vraag in hoeverre van benadeling is gebleken, maar in hoeverre Kolhorn zich van de koop had moeten onthouden op grond van hetgeen hij wist of moest begrijpen ten aanzien van de omstandigheden, waarin Beekhuizen verkeerde.

Dit cassatiemiddel kan in drie onderdelen onderscheiden worden:

- 1) Er is wel sprake van financiële benadeling, bestaande uit het verschil in marktwaarde en de betaalde prijs.
- 2) Indien er al geen financieel nadeel is, dan staat dat een beroep op m.v.o. niet in de weg. Het Hof had in dat geval naar een andere vorm van benadeling moeten zoeken.
- 3) Ook zonder dat van enige benadeling van Beekhuizen sprake is, leveren de gestelde feiten m.v.o. op.

De eiser in cassatie acht benadeling een niet-constituerende factor, hij richt zijn aandacht volledig op de factoren 'misbruik' en 'omstandigheden'. Om het misbruik aan te tonen gebruikt hij de formulering van art. 3 2.10, lid 4 NBW: dat Kolhorn zich op grond van zijn wetenschap had behoren te onthouden van, etc. De omstandigheden zet hij uitvoerig uiteen, daarbij het Hof verwijtend dat het die onvoldoende onderzocht heeft.

De HR verwierpt het cassatieberoep op grond van de volgende overwegingen. Het Hof was van oordeel dat van benadeling, bestaande in de verkoop van genoemde panden voor een lagere koopprijs dan de normale verkoopprijs, geen sprake was. Dit is een feitelijk oordeel, dat niet in cassatie getoetst kan worden. A. - G. Berger(75) had dit reeds in zijn conclusie gesteld. Aan het gestelde m.v.o. had de curator slechts deze vorm van benadeling ten grondslag

gelegd en derhalve kon het Hof een onderzoek naar een andere vorm van benadeling achterwege laten. Tenslotte overweegt de HR: 'dat voorzover het middel uitgaat van de opvatting dat de gestelde feiten m.v.o. opleveren, ook zonder dat van enige benadeling van Beekhuizen sprake behoeft te zijn, deze opvatting niet kan worden aanvaard; dat toch, al behoeft voor nietigheid van een overeenkomst wegens m.v.o. geenszins een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig te zijn, zodanig misbruik toch steeds mede hierin zal bestaan, dat het gebruik maken door de ene partij van de omstandigheden, waarin de wederpartij verkeerde, die wederpartij heeft gebracht tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen, niet zou hebben gesloten'. De HR herhaalt met de laatste overweging zijn formulering uit het Van Elmbt/Feierabend-arrest. Slechts in één opzicht wijkt de overweging af: uitdrukkelijk voegt de HR de woorden 'waarin deze dan ook mogen bestaan' als kwalificatie aan het begrip 'nadelen' toe, hiermee benadrukkend dat elke vorm van nadeel voor een beroep op m.v.o. voldoende is.

Abas (76) duidt de uitspraak van de HR in het Bluysen/Kolhorn-arrest als tegenstrijdig aan. Hij meent, dat, helgeen hij noemt, het voorvoegsel: 'dat de stelling niet kan worden aanvaard, dat van enige benadeling geen sprake behoeft te zijn' en de toevoeging 'dat het moet gaan om nadelen waarin deze dan ook mogen bestaan' met elkaar in strijd zijn. Hij is van mening dat zich onder de toevoeging ook subjectieve nadelen laten rangschikken, maar dat dat in strijd is met het voorvoegsel 'dat er in elk geval van enige benadeling sprake moet zijn' (ik zet het voorvoegsel om in een positieve redactie). Blijkbaar huldigt Abas de opvatting dat 'enige benadeling' uitsluitend enige objectieve benadeling kan betekenen. Ik bespeur geen tegenstrijdigheid in de overweging van de HR: 'enige benadeling is vereist'. -de HR spreekt niet uit van welke aard die benadeling dient te zijn, deze kan derhalve ook subjectief zijn- en het feit dat het er niet toe doet 'waarin de benadeling bestaat' - ook in de toevoeging kan het nadeel objectief of subjectief zijn. De reden dat de HR het cassatiemiddel verwierpt, is niet gelegen in het feit dat objectieve benadeling niet bewezen werd geacht, waardoor er geen beroep op m.v.o. zou openstaan, maar in het feit dat Bluysen slechts deze vorm van nadeel aan m.v.o. ten grondslag had gelegd zonder subjectieve benadeling te stellen en aan te tonen. De verwachting is ijdel dat de HR het bestaan van subjectieve benadeling en daarmee eventueel van m.v.o. aanneemt, zonder dat dit door een partij is gesteld.

Het belang van dit arrest is m.i. gelegen in het feit dat de HR en het Hof Arnhem de uitspraak in Van Elmbt/Feierabend uitdrukkelijk bevestigen: zonder benadeling is er geen m.v.o. Degene die een beroep op m.v.o. doet, zal er derhalve goed aan doen het bestaan van een vorm van nadeel, welke dan ook, helder te stellen,

en aan te tonen. Ik meen dat uit deze vrij recente jurisprudentie ook conclusies mogen worden getrokken over het bestaan van een benadelingsvereiste in het NBW. Ik stem in met de gedachte van A.-G. Berger (77) die uit het feit dat benadeling niet bewezen is, afleidt dat Kolhorn dan ook geen misbruik, maar hoogstens gebruik heeft gemaakt van de omstandigheden waarin Beekhuizen verkeerde.

2.8. Hart van Afrika (HR 18-2-1978, NJ 1978, 227)

Hoewel dit arrest bepaald geen novum bevat, is het toch vermeldenswaardig, gezien zijn vrij recente datum en enige opmerkelijke uitspraken van de zijde van P.-G. van Oosten.

De feiten in deze casuspositie zijn eenvoudig, de interpretatie van deze feiten minder.

M.J. Charmant had reeds enige tijd contact met de stichting 'Hart van Afrika' middels twee bestuursleden van deze stichting: Hendrikse en Zeegers. Zij koesterde veel belangstelling voor het ontwikkelingswerk en voor het doel van de stichting. Op 11 februari 1971 werd bij onderhandse akte een later zeer omstreden overeenkomst aangegaan waarin de verklaring van Charmant wordt opgenomen, bij deze aan de stichting f 30.000,- te hebben geschonken, op voorwaarde dat zij met ingang van de dag dat de som door haar zal zijn overhandigdeen rente zal ontvangen van 6% 's jaars uit te keren in termijnen van twee maanden. Op of omstreeks 27 april 1971 overhandigde Charmant aan Hendrikse als vertegenwoordiger van de stichting f 30.000,-.

Charmant betreurt blijkbaar alras deze stappen, want bij exploit van 31 mei 1972 dagvaardt ze de stichting voor de Rb. 's-Gravenhage en vordert veroordeling van de stichting tot betaling van een bedrag van f 30.6000,-, later verminderd tot f 30.000,-. Hiertoe stelt zij primair dat zij het bedrag van f 30.000,- ter leen heeft verstrekt en dat de stichting na opzegging van de lening terugbetaling weigert; subsidiair stelt zij dat zij onverschuldigd heeft betaald aan de stichting.

De primaire grondslag wordt direct door de Rb. verworpen: in de akte van 11 februari 1971 wordt de term 'geschonken' gebruikt, en derhalve neemt de Rb. niet aan dat het geld geleend is. De vordering wordt echter toch aan Charmant toegewezen, nl. op de subsidiaire grond 'dat partijen i.c. een schenking onder een last -de betaling van de vermelde f 1800,- per jaar- zijn overeengekomen; dat nu blijkens de bewoordingen van de voormelde akte dit bedrag niet van hand tot hand is overhandigd, doch later zou worden voldaan, deze schenking nietig is, immers niet heeft plaatsgevonden bij notariële akte, doch bij onderhandse akte en Charmant de f 30.000,- onverschuldigd heeft betaald'.

De stichting komt van dit vonnis in hoger beroep bij het Hof 's-Gravenhage. De stichting voert onder meer aan dat de Rb. ten onrechte

heeft aangenomen dat geen schenking van hand tot hand heeft plaatsgevonden, dat immers zodanige schenking op of omstreeks 27 april 1971 heeft plaatsgevonden.

Het Hof acht deze grief gegrond. De overhandiging van dat bedrag dient als een gift van hand tot hand te worden aangemerkt, nu niet is gesteld of gebleken, dat Charmant deze som uitsluitend ter voldoening aan een vermeende verplichting uit de akte overhandigde. De wil tot schenken wordt door het Hof afgeleid uit de bewoordingen van de akte en komt volgens het Hof ook overeen met de omstandigheid dat Charmant kort na het overhandigen de stichting bij testament tot universeel erfgename heeft benoemd.

Het verweer van Charmant, dat, indien er al sprake is van een overeenkomst die tot gevolg zou hebben dat ze de hoofdsom niet kan terugvorderen, deze overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van m. v. o. en op die grond nietig is, wordt verworpen. Het Hof acht nl. de 'omstandigheden' waarvan eventueel misbruik werd gemaakt en oorzakelijk verband tussen het eventuele misbruik en het aangaan van het contract niet bewezen. Er is, zo leid ik uit de bewoordingen van het Hof af, geen sprake van abnormale geestestoestand of onkunde, daar de gift niet als een onbezonnen dwaasheid kan worden beschouwd. En zo er al sprake is van een vertrouwenspositie van Hendrikse en Zeegers en financiële en/of juridische onkunde van Charmant, dan valt niet in te zien, dat dit heeft bijgedragen tot een onverantwoord besluit om te schenken. Volgens het Hof kan ook niet van benadeling van Charmant worden gesproken.

Charmant bestrijdt 's Hof's arrest in cassatie onder meer met de volgende middelen:

1) Charmant heeft bepaald wel gesteld dat de overhandiging van het bedrag heeft plaatsgevonden als uitvloeisel van een eerder gemaakte afspraak tussen partijen.

2) Het Hof heeft miskend dat m. v. o. reeds aanwezig is, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

3) Er is wel degelijk sprake van benadeling.

De HR acht het eerste middel gegrond: het is onbegrijpelijk hoe het Hof tot het oordeel is gekomen dat door Charmant niet is gesteld dat zij de som van f 30.000,- op 27 april 1971 uitsluitend ter voldoening aan een vermeende verplichting uit de akte van 11 februari 1971 overhandigde. Voorts overweegt de HR dat, indien een schenking van een geldsom bij onderhandse akte is geschied en derhalve ex art. 1719 BW nietig is, dit op zichzelf niet uitsluit dat een daarop gevolgde vrijwillige betaling van dat bedrag een geldige schenking van hand tot hand is. Omtrent het beroep op m. v. o. overweegt de HR, dat zodanig beroep slechts hierop kan

worden gegrond, dat de overeenkomst in verband met het misbruik, dat de ene partij heeft gemaakt van de omstandigheden, waarin de andere partij verkeerde, is aangegaan uit een oorzaak die strijdt met de goede zeden. Uit het arrest van het Hof blijkt niet dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Het oordeel of in dit geval sprake is van een oorzaak die in strijd is met de goede zeden, is zozeer verweven met de vaststelling en waardering van de omstandigheden van het geval, dat de juistheid van 's Hofs oordeel niet in cassatie kan worden onderzocht.

De HR vernietigt 's Hofs arrest en verwijst naar het Hof Amsterdam. Voor het vervolg van deze zaak mag gewezen worden op HR 13-2-1981, Rechtspraak van de Week, no. 32

Enkele kanttekeningen wil ik bij dit arrest maken.

Het is niet duidelijk hoe het Hof tot het oordeel kon komen dat van benadeling van Charmant niet gesproken kan worden. Schenking houdt per definitie financiële benadeling, in de zin van vermogensvermindering, van de schenker in. Deze benadeling is op zichzelf uiteraard niet ongeoorloofd, maar wordt dit wel in verband met m. v o. Terecht zegt Scholten (78) dat, nu benadeling met schenking gegeven is, daarin op zichzelf geen aanwijzing voor misbruik is gelegen. Derhalve dient de nadruk te liggen op de vraag of van de omstandigheden misbruik is gemaakt.

Opvallend is de gedachtengang van Van Oosten (79): 'De stellingen van Charmant, zoals het Hof ze begrijpt, komen hierop neer dat zij het bedrag van f 30.000,- niet zou hebben overhandigd, indien de stichting geen misbruik zou hebben gemaakt van de beweerde afhankelijkheid, lichtzinnigheid en onervarenheid van haar, Charmant. Deze stellingen zijn m.i. onjuist, omdat de overhandiging van de f 30.000,- niet een overeenkomst is, maar een andere rechtshandeling ten aanzien waarvan de nietigheid wegens misbruik van omstandigheden niet met vrucht kan worden ingeroepen: naar thans vigerend burgerlijk recht kan op misbruik van omstandigheden alleen met vrucht beroep worden gedaan als grond voor nietigheid van een overeenkomst en niet als grond voor nietigheid van andere rechtshandelingen dan een overeenkomst'.

Dit deel van Van Oostens betoog volgt de HR niet. De HR acht in beginsel een beroep op m. v. o. toegelaten, maar, daar naar het oordeel van de HR de aanwezigheid van een ongeoorloofde oorzaak i. c. nauw verweven is met de feitelijke omstandigheden waarvan de juistheid in cassatie niet kan worden onderzocht, verwerpt de HR het middel.

Het is mij niet duidelijk hoe Van Oosten tot zijn oordeel komt, dat de overhandiging van de som van f 30 000,- geen overeenkomst is. Die overhandiging is óf het voldoen aan de nietige schenking van 11 februari 1971 en in dat geval is de betaling op die grond onverschuldigd óf een gift van hand tot hand. In het laatste geval is er uiteraard wél sprake van een overeenkomst, met betrekking tot welke een beroep op m. v o. mogelijk is. Van Oosten miskent m. i.

dat de twee middelen van een geheel verschillend standpunt uitgaan. Het eerste gaat uit van het feit, dat er géén geldige gift van hand tot hand tot stand is gekomen, het tweede middel stelt dat, indien de rechter tóch een geldige overeenkomst d.d. 27 april vaststelt, deze overeenkomst nietig is wegens m.v.o.

Buitendien rijst de vraag of inderdaad naar vigerend burgerlijk recht slechts overeenkomsten op grond van m.v.o. aantastbaar zijn. Op dit punt kom ik in paragraaf 2.12 terug.

Zoals boven reeds geconstateerd, doet de HR geen nieuwe uitspraak over m.v.o. en in zoverre helpt deze procedure niet een duidelijker beeld van het vitium te krijgen.

Eén punt blijft nog. Indien na een schenking die bij onderhandse akte is aangegaan betaling plaatsvindt, staan twee mogelijkheden open: onverschuldigde betaling, daar voldaan is aan een nietige schenking of een nieuwe gift van hand tot hand. Dit is afhankelijk van de vraag of de 'schenker' uitsluitend betaalde ter voldoening aan een vermeende verplichting dan wel dat hij ten tijde van de betaling werkelijk de wil tot schenken (animus donandi) bezat. Terecht wijst Scholten op het belang van de bewijslast. Wie moet bewijzen waar de wil van de schenker op gericht was, de schenker of de begiftigde? Naar mijn mening dient de begiftigde te bewijzen dat er een nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen, daar het vormvereiste, neergelegd in art. 1719 BW, ternauwernood bescherming biedt, indien elke betaling volgend op een nietige formele schenking als een gift van hand tot hand wordt beschouwd behoudens tegenbewijs van de zijde van de schenker. Daartegen kan worden aangevoerd dat het aannemelijk lijkt dat, indien kort na een schenking bij onderhandse akte betaling plaatsvindt, op het moment van betaling de animus donandi nog aanwezig is. Het belang van de schenker dient m.i. echter te prevaleren.

2.9. Penterman/Handgraaf (HR 30-6-1978, NJ 1978, 610)

Dit arrest betreft de verkoop van een woonhuis door een bejaarde vrouw, J.C. Handgraaf, aan haar wijkverpleegster W. Penterman. Na de dood van de verkoopster daagt Penterman H. Handgraaf, de erfgenaam van J.C. Handgraaf, voor de Rb. Amsterdam en vordert primair medewerking aan de akte van transport en eigendomsoverdracht van het desbetreffende onroerend goed en subsidiair de ontbondenverklaring van de koop.

Handgraaf voert twee verweren:

eerstens stelt hij dat er gebrek aan wilsovereenstemming met betrekking tot de koopovereenkomst is geweest en voorts dat de wil van de verkoopster op onbehoorlijke wijze is beïnvloed.

De Rb. stelt Handgraaf in het gelijk en acht de koopovereenkomst nietig bij gebreke van een daarop gerichte wil aan de zijde van de verkoopster

Penterman komt vervolgens van dit vonnis in hoger beroep bij het Hof Amsterdam. Op grond van getuigenverklaringen komt het Hof tot het oordeel dat J.C. Handgraaf in staat moest worden geacht toestemming te verlenen tot de verkoop. Het Hof acht echter het beroep van Handgraaf op m.v.o. gegrond.

Daartoe stelt het Hof het volgende:

- a. de verkoop voor f 40.000,- was voor de verkoopster zeer nadelig, gezien de taxatie en een later bod ten bedrage van f 60.000,-. Voorts was de verkoop voorbarig, daar de verkoopster ten onrechte in de mening verkeerde dat zij haar huis moest verkopen om met het oog op haar opname in een bejaardentehuis haar pensioenprijs te kunnen betalen. Bovendien bracht deze voorbarige verkoop voor erflaatster het nadeel met zich mee dat zij niet kon profiteren van de waardestijging van onroerend goed.
- b. J.C. Handgraaf verkeerde ten tijde van de verkoop in geestelijk en lichamelijk verzwakte omstandigheden.
- c. Penterman maakte misbruik van deze omstandigheden die voor haar kenbaar waren door zich als gegadigde aan te melden toen de verkoopster besloot tot verkoop.

Het Hof stelt aldus zowel financiële als immateriële benadeling vast. Uit de soort van omstandigheid die het Hof vaststelt blijkt dat in deze casus sprake is van misbruik van geestelijk overwicht. Interessant is met name de invulling van de factor 'misbruik'. Het gegeven dat aan Penterman de geestelijke en lichamelijke zwakte van J.C. Handgraaf kenbaar was, maakt haar aanvaarding van het verkoopaanbod van Handgraaf tot misbruik van de toestand waarin Handgraaf verkeerde. Met deze invulling volgt het Hof de formulering van het NBW (80) op de voet. Penterman maakt misbruik door het totstandkomen van de rechtshandeling te bevorderen, ofschoon zij wist of moest begrijpen dat Handgraaf door geestelijke en lichamelijke zwakte werd bewogen tot het verrichten van de rechtshandeling. Wanneer Penterman vervolgens van de uitspraak van het Hof in cassatie gaat met als belangrijkste cassatiemiddelen dat het Hof niet heeft onderzocht of Penterman wel bekend was met de nadelen die de verkoop voor Handgraaf opleverden en dat het Hof ongemotiveerd en onbegrijpelijk tot het oordeel komt dat de omstandigheden waarin Handgraaf verkeerde aan Penterman kenbaar waren, doet de HR een met betrekking tot het kenbaarheidsvereiste belangrijke uitspraak: ter vaststelling van m.v.o. behoeft niet vast te staan dat de misbruiker bekend was met alle omstandigheden welke ertoe meewerkten dat de benadeelde een voor haar nadelige overeenkomst aanging. A.-G. Franx (81) stelt: 'De kenbaarheid van het feit van benadeling is voldoende zonder bovendien kenbaarheid van de omvang daarvan te eisen. Het NBW laat de eis van stoffelijk nadeel in art. 3.2.10, lid 4 geheel vallen'. Ook ik ben van mening dat, ofschoon kenbaarheid een onmisbaar element van de factor misbruik is, niet een wetenschap van alle bijzondere omstandigheden vereist is om tot m.v.o. te concluderen (82).

De HR is voorts van oordeel dat het zeer wel mogelijk is dat Handgraafs leeftijd en lichamelijke en geestelijke toestand een rechtsgeldige toestemming aan haar zijde niet in de weg stonden, en tóch konden meewerken tot het oordeel dat zij die toestemming onder invloed van m.v.o. gegeven heeft.

Bij dit oordeel sluit ik mij aan. Er is een, zij het soms subtiel, onderscheid tussen enerzijds het ontbreken van toestemming op grond van geesteszwakte en anderzijds misbruik van een zwakke geestestoestand, zodat toestemming aanwezig kan worden geacht, terwijl toch die toestemming door misbruik van de geestestoestand tot stand is gekomen. Het betreft m.i. echter een gradueel verschil. In geval van het ontbreken van toestemming zal de geestestoestand zo slecht zijn dat er geen sprake is van een rechtsgeldige wil, terwijl bij misbruik van geesteszwakte er nog wel een wil is, maar gevormd onder invloed van die geesteszwakte. Beide vitia, het ontbreken van toestemming op grond van geesteszwakte en misbruik van geestestoestand, grenzen aan elkaar en zullen in een procedure vaak naast elkaar worden aangevoerd (83).

2 10. Brandwijk/Bouw bureau Brandwijk BV
(HR 2-11-1979, NJ 1980, 429)

Het laatste arrest dat in dit hoofdstuk aan de orde komt, is van belang ter nadere bepaling van de grens gebruik/misbruik.

In het kader van een saneringsplan ten behoeve van het Bouw bureau Brandwijk (BBB) is bij akte van 15 april 1970 een overeenkomst gesloten tussen de eigenaren/directeuren van BBB (de zogenaamde seniores) en de directeuren van het Algemeen Bureau Brandwijk (de juniors).

Artikel 6 van deze overeenkomst verplichtte de seniores hun vermogen, op een bedrag van f 100.000,- na, te verstrekken aan BBB zonder terugvorderingsmogelijkheid en zonder tegenprestatie, zoodra de sanering van BBB zo ver gevorderd zou zijn dat het vermogen van BBB niet meer negatief zou zijn. C. Brandwijk, een van de seniores, weigert zijn verplichting ex artikel 6 na te komen. Nadat de vordering van BBB in eerste aanleg is toegewezen, voert C. Brandwijk in hoger beroep aan dat de overeenkomst een geoorloofde oorzaak ontbeert.

Met name de volgende argumenten zijn van belang:

- 1) de seniores verkeerden ten tijde van de overeenkomst in een economische dwangpositie
- 2) de juniors waren zich daarvan bewust.

Het Hof stelt C. Brandwijk in het ongelijk. De HR verwerpt het vervolgens ingestelde cassatieberoep: Aan het middel ligt de stelling ten grondslag dat van m.v.o. hetwelk een overeenkomst of een daarin opgenomen beding krachteloos doet zijn als aangegaan uit een oorzaak die strijdt met de goede zeden, reeds dan sprake is,

als de omstandigheden zijn gelegen in een economische dwangpositie waarin een partij verkeerde, welke dwangpositie die partij tot het aangaan van de overeenkomst, althans tot het aanvaarden van het beding, bracht, waartoe zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen niet zou zijn overgegaan en voorts de andere partij zich van het een en ander bewust was. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Het Hof heeft de vraag of de overeenkomst een geoorloofde oorzaak heeft, ontkennend kunnen beantwoorden, gelet op de in zijn arrest genoemde omstandigheden.

In dit arrest ligt het accent op de factor misbruik. Voldoende staat vast dat de seniores zich in een economische dwangpositie bevonden. Zij waren van de juniorees afhankelijk, wilden zij het niet op een faillissement laten aankomen. Aannemelijk is dat deze omstandigheden hen tot het sluiten van de overeenkomst brachten. Ook de factor benadeling is duidelijk. A.-G. Berger merkt op dat het beding op zichzelf onereus en overmatig lijkt. Het brengt inderdaad ernstig financieel nadeel toe.

Uitdrukkelijk stelt de HR evenwel dat het verkeren in een dwangpositie en de aan de overeenkomst verbonden nadelen niet behoeven te betekenen dat sprake is van m.v.o. Het gaat om de vraag of de juniorees door het opleggen van het beding misbruik hebben gemaakt van de dwangpositie van hun wederpartij. Aan een randvoorwaarde voor misbruik, nl. wetenschap van de omstandigheden en van de invloed daarvan op de wederpartij, is voldaan. Gelet op de door het Hof aanwezig geachte omstandigheden, oordeelde de HR echter dat het Hof zonder schending van enige rechtsregel kon aannemen dat de overeenkomst geoorloofd was.

Zoals nader wordt aangegeven in hoofdstuk zes, is m.i. bij de beantwoording van de vraag of misbruik is gemaakt van de omstandigheden waarin de handelende verkeerde, van belang of zijn wederpartij bij een redelijke belangenafweging tot bevordering van de totstandkoming van de rechtshandeling kon komen. In casu staan tegenover het ernstig financieel nadeel voor de seniores, omstandigheden die het toebrengen van dit nadeel rechtvaardigen: de werkkraacht en de financiële middelen die de juniorees hebben aangewend om BBB van de ondergang te redden, de verwachting dat de seniores zonder geslaagde sanering niet slechts hun privé-vermogen verspeeld zouden hebben, maar ook nog zouden zijn blijven zitten met aanzienlijke schulden en het feit dat voor ieder van hen een deel ad f 100.000,- vrij was.

De lijn die zich aftekent in het Buma/Brinkmann-arrest (HR 24-5-1968, NJ 1968, 252) en het Weduwepensioen-arrest (HR 29-4-1971, NJ 1972, 336) met betrekking tot de factor misbruik wordt in dit arrest voortgezet. Ook Brunner constateert dit in zijn noot bij het hier besproken arrest. Hij accentueert echter m.i. te zeer het belang van het voordeel dat de sterkere partij voor zich bedingt. Weliswaar kan de bevoordeling één van de elementen zijn die bepalend

zijn voor de beantwoording van de vraag of de sterkere partij, getoet op de wederzijdse belangen, in redelijkheid had kunnen komen tot het bevorderen van de totstandkoming van de rechtshandeling, maar de stelling van Brunner dat niet het nadeel van de zwakke partij, maar de onevenredige voordeligheid van de overeenkomst voor de sterkere het uiterlijke kenmerk van door m.v.o. gesloten overeenkomsten is, gaat mij te ver.

Het ongeoorloofde van de gedraging van de misbruiker is, naar mijn mening, niet gelegen in het feit dat hij zichzelf bevoordeelt, maar wordt bepaald doordat hij dit doet ten koste van zijn wederpartij.

2.11. De ongeoorloofde oorzaak

Visie van de huidige jurisprudentie

Zoals gebleken is in de paragrafen 2.1 t/m 2.10. wordt een overeenkomst die gesloten is onder invloed van m.v.o. door de rechtspraak gekwalificeerd als een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak.

Reeds lang (84) wordt in de literatuur verdedigd dat een overeenkomst waarbij een van beide partijen ernstig wordt benadeeld, doordat de wederpartij misbruik maakt van zijn dwangpositie, in strijd is met de goede zeden wegens het ontberen van een geoorloofde oorzaak.

Incidenteel begon de lagere rechtspraak overeenkomsten nietig te verklaren wegens strijd met de goede zeden in verband met m.v.o. (85). In 1950 deed ons hoogste rechtscollege een uitspraak in die richting (86).

In Bovag II stelt de HR voor de eerste maal uitdrukkelijk dat: 'een nadelige overeenkomst als voormeld een geoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere invloeden welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, met name, wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder de druk van omstandigheden, waarvan zijn medecontractant misbruik maakte'.

Hijmans van den Bergh (87) sluit zich bij A.-G. Langemeijer (88) aan: 'dat onder het begrip onzedelijke oorzaak te rekenen valt de overeenkomst die door een ernstige druk de ene partij met een ernstig nadeel belast'.

Regelmatig is de vraag gesteld of de HR sinds Bovag II nog wel de oorzaak=strekingsleer hanteert. Veelal wordt deze ontkennend beantwoord (89).

Van Zeben (90) is echter, in navolging van Hijmans van den Bergh in zijn noot en Langemeijer in zijn conclusie bij Bovag II, van mening dat de HR ook voor wat betreft m.v.o. nog steeds de oorzaak=strekingsleer hanteert: uit niets blijkt, dat die leer verlaten is;... de omstandigheden waaronder een overeenkomst tot stand komt,

kunnen dus mede de strekking van de overeenkomst bepalen'. Abas (91) is van oordeel dat de HR in zijn jurisprudentie omtrent m.v.o. in strijd met de oorzaak=strekking-leer geraakt, maar dat hieruit overigens niet mag worden afgeleid dat deze leer in zijn geheel is verlaten.

Alhoewel de uitspraak van de HR in Bovag II alom instemming heeft gevonden, ziet toch een aantal schrijvers (92) de ongeoorloofde oorzaak-constructie als een noodoplossing tot de inwerking-treding van boek 3 NBW, waarin m.v.o. als wilsgebrek wordt geregeld zonder dat het overigens als zodanig wordt benoemd.

Reeds lang voor Bovag II beschouwde Meijers (93) de oorzaakconstructie als noodoplossing en achtte m.v.o. in wezen een vierde wilsgebrek. Verdedigd wordt de oorzaakconstructie door verschillende schrijvers met de stelling dat de onderscheiding 'wilsgebreken' en 'oorzaak' slechts in schijn scherp is. M.v.o. zou zich in het raakvlak van beide gebieden bevinden (94).

Indien bezwaren tegen de oorzaakconstructie worden geopperd, dan zijn deze meestal gericht tegen de rechtsgevolgen van een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak. Ik acht dit soort bezwaren minder belangrijk. Mijn belangrijkste argument tegen de constructie van de HR is van theoretische aard. Het is m.i. niet verkieslijk een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van m.v.o. strijdig met de goede zeden te verklaren.

M.v.o. ziet op de totstandkoming van een contract (95). Het gegeven dat een overeenkomst onder bepaalde omstandigheden tot stand is gekomen, heeft geen invloed op de geoorloofdheid van de oorzaak van die overeenkomst. Wat partijen beogen te bereiken blijkt, onder invloed van m.v.o. gesloten, benadelend voor een der partijen te zijn. De strekking, het doel, brengt benadeling met zich mee, maar dat op zichzelf is niet ongeoorloofd. Slechts indien van het iustum pretium-beginsel wordt uitgegaan, kan gesteld worden dat de aanmerkelijke benadeling van een van beide partijen de overeenkomst ongeoorloofd maakt (96). M.v.o. houdt evenwel iets anders in dan de ongelijkheid van prestaties. M.v.o. betreft de omstandigheden die een rol spelen bij de totstandkoming van het contract: het profiteren van de omstandigheden van de ander maakt niet de contractsinhoud of strekking tot een ongeoorloofde, maar maakt de wil van de misbruikte onvrij.

Niet in het vitium 'ongeoorloofde oorzaak' maar in het wilsgebrek schuilt het kwaad (97). Petit (98) merkt op: 'On deze subjectieve factoren (bedoeld is misbruik maken van noodtoestand, lichtzinnigheid, gemis aan ervaring, etc.) die niet de contractsinhoud betreffen enkel de totstandkoming van de overeenkomst, kan nooit nietigheid wegens strijd met de goede zeden worden gegrond, wel een nietigheidsactie wegens strijd met een speciale wetsbepaling zoals dwang, dwaling of bedrog'.

Toegegeven, indien men het begrip oorzaak ruim opvat, dan is het verdedigbaar m.v.o. daarbij onder te brengen. Het gaat mij echter

te ver dit begrip zo ruim uit te leggen dat ook omstandigheden en motieven de oorzaak ongeoorloofd maken. Terecht stelt Pitlo (99): 'Door het oorzaak-vereiste aldus te verruimen vervalt men in het euvel, waartegen wij reeds hierboven hebben gewaarschuwd: het neemt dan andere leerstukken in zich op'. Ook hij is van oordeel dat we hier te doen hebben met een gebrek in de toestemming en niet met een overeenkomst die een ongeoorloofd karakter heeft. Indien men de casusposities uit de arresten, in dit hoofdstuk behandeld, nader bekijkt, dan kan niet anders geconstateerd worden dan dat in geen van de gevallen de inhoud of het doel van de overeenkomst op zichzelf ongeoorloofd zijn; het is de wijze waarop de toestemming van de misbruikte wordt afgedwongen, waarin het euvel schuilt.

Indien wordt aangenomen dat m.v.o. een overeenkomst tot een ongeoorloofde maakt, dan zou hetzelfde aangenomen moeten worden voor dwang, dwaling, en bedrog. Immers ook de onjuiste voorstelling van zaken, het dreigen met geweld, is een omstandigheid bij de totstandkoming van de overeenkomst. Ik ben het met Langemeijer en Hijmans van den Bergh eens dat de wilsgebreken en de ongeoorloofde oorzaak aan elkaar grenzen, maar laat omwille van een goede systematiek -én omwille van de verschillende rechtsgevolgen- duidelijk worden onderscheiden, indien dit mogelijk is. Indien voor een andere dan de oorzaak-constructie wordt gekozen, dan vallen tevens de bezwaren tegen de rechtsgevolgen die volgens een aantal schrijvers aan die constructie zijn verbonden, weg. Deze bezwaren worden overzichtelijk genoemd, zowel door Van Zeben (100) als door Wuisman (101). In de literatuur worden deze bezwaren veelal van overwegende betekenis geacht, terwijl ik het bovenstaande argument van fundamenteelere aard acht. M.i. zijn de problemen omtrent de rechtsgevolgen grotendeels oplosbaar (102).

2.12. M.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten

A. Voorbeelden

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de vraag of m.v.o. zich ook bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten kan voordoen. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen andere meerzijdige rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen.

Als voorbeelden van andere meerzijdige rechtshandelingen kunnen dienen: de eigendomsoverdracht, het aangaan van een huwelijk en het oprichten van een vennootschap (103). In deze categorie rechtshandelingen is m.v.o. theoretisch niet immer ondenkbaar, maar m.i. moet met name bij het huwelijk en de levering worden aangenomen, dat, zoals het NBW formuleert, de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich tegen toepassing verzet (104).

Bij vele van de eenzijdige rechtshandelingen daarentegen is m.v.o. zeer wel denkbaar. Met name bij de kwietschelding van een schuld, de opzegging van een arbeids- of huurovereenkomst of afstand van een recht, kan de rechtshandeling tot stand zijn gekomen, doordat degene tot wie de rechtshandeling is gericht, misbruik maakt van de omstandigheden waarin de handelende verkeert. In die gevallen geeft de handelende een voordeel prijs; dit kan afgedwongen zijn door het ongeoorloofd benutten van de omstandigheden waarin hij verkeert. Stein (105) geeft in zijn dissertatie het verwerpen van een nalatenschap als voorbeeld. Het is volgens hem mogelijk dat dit gebeurt doordat de erfgenaam bij versterf misbruik maakt van de omstandigheden waarin de testamentaire erfgenaam verkeert. Anderzijds zijn er eenzijdige rechtshandelingen die van zodanige aard zijn, dat m.v.o. niet licht denkbaar is. Ik denk hierbij aan de ingebrekestelling en aan de volmachtverlening. Kan een volmachtverlening wel een geoorloofde oorzaak ontberen op grond van m.v.o.? Men bedenke dat een volmachtverlening slechts een bevoegdheidsverklaring is; relevant wordt de vraag derhalve eerst als van de volmacht inderdaad gebruik wordt gemaakt (106). Buitendien heeft de HR (107) in 1938 beslist, dat het verlenen van een volmacht niet nietig kan zijn wegens een ongeoorloofde oorzaak. -Overigens oordeelde de HR op gelijke wijze over de afstand van de huwelijksgemeenschap die i.c. had plaatsgevonden-. M.i. terecht acht Van der Grinten (108) deze uitspraak niet duidelijk, daar dit zou betekenen dat de geldigheid van de volmachtverlening is onttrokken aan de algemene rechtsregels die voor rechtshandelingen gelden. Daar de volmacht in het algemeen herroepelijk is, wordt de vraag of er sprake kan zijn van m.v.o. minder relevant: de benadeelde kan de volmacht te allen tijde weer intrekken. Mocht de gevolmachtigde reeds een rechtshandeling hebben verricht, dan zal, ondanks zijn beroep op m.v.o. ten aanzien van de gevolmachtigde, de volmachtgever in het algemeen toch gebonden zijn ten opzichte van de derde, daar hij veelal de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid zal hebben opgewekt.

Ook de wetgever erkent de mogelijkheid van m.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten. Art. 225 boek 1 BW moge als voorbeeld dienen: indien een minderjarige door m.v.o. tot het doen van een erkenning van een kind is bewogen, kan vernietiging worden gevorderd.

Hoe denkt de literatuur over m.v.o. bij andere rechtshandelingen? In het algemeen zijn de schrijvers van oordeel dat ook daarbij een beroep op m.v.o. toelaatbaar dient te zijn (109). Daar de ratio van het vitium m.v.o. de gelijkwaardigheid van partijen is, moet aangenomen worden dat het 'bij elke overeenkomst, ja zelfs bij elke rechtshandeling kan voorkomen, dat de benadeelde partij onder m.v.o. handelde', aldus Van Zeben (110). Stein (111) merkt op dat m.v.o. wel kan voorkomen bij andere rechtshandelingen - hij noemt verwerping van een nalatenschap als voorbeeld. Naar

zijn mening zal het echter in praktijk niet tot een veelvuldige toepassing komen. Hij verwijst daarbij naar het Duitse recht (112) dat toepassing op andere rechtshandelingen dan overeenkomsten niet kent; volgens Stein omdat daar voor alle vormen van m.v.o. het benadelingsvereiste wordt gesteld (Stein bedoelt waarschijnlijk dat objectief-financiële benadeling wordt vereist). Deze gedachtengang is mij niet geheel duidelijk. Waarom zou er bij eenzijdige rechtshandelingen minder vaak financiële benadeling zijn dan bij obligatoire contracten? Kwietschelding, afstand van recht en opzegging kunnen alle geldelijk nadeel opleveren. Buitendien eist de HR (113) geen bepaalde vorm van benadeling meer en daarmee valt Steins argument weg.

Ook Nagelkerke (114) huldigt de opvatting, dat m.v.o. zijn belangrijkste betekenis vindt in het overeenkomstenrecht; de jurisprudentie beperkt zich volgens hem tot de obligatoire contracten. Dit is niet geheel juist. Verderop zal ik enkele procedures inzake m.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten aan de orde stellen (115). Nagelkerke bepleit het onderbrengen van m.v.o. in het NBW in boek 6 (verbintenissenrecht) in plaats van in boek 3 (vermogensrecht); bij de zeer sporadische gevallen dat er van m.v.o. sprake zou zijn bij het tot stand komen van andere rechtshandelingen dan overeenkomsten, zou dan analoge toepassing voor de hand liggen. Dit voorstel lijkt mij niet aanbevelenswaardig; m.v.o. kan bij alle rechtshandelingen voorkomen en hoort derhalve systematisch in het algemeen deel van het vermogensrecht thuis. Enigszins bevreemdend lijkt het om eerst m.v.o. uit het algemeen deel van het vermogensrecht naar het verbintenissenrecht te transporteren en vervolgens analoog op andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten toe te passen. Het is m.i. juist m.v.o. te laten waar het nu is: in boek 3 NBW (116).

Reeds Meijers (117) en in navolging van hem Berger (118), sprak in 1934 als zijn mening uit: 'Wanneer de onredelijke invloed een overeenkomst strijdig met de goede zeden maakt, dan doet hij dit ook iedere andere rechtshandeling. En een rechtshandeling die zelf of wier oorzaak in strijd met de goede zeden wordt geoordeeld, kan niet in rechten gehandhaafd worden'.

B. Huidige jurisprudentie. Rechtspraak over m.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire contracten

Er is betrekkelijk weinig rechtspraak over m.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire contracten voorhanden. De HR heeft zich hierover tot nu toe nimmer direct uitgesproken, de lagere rechtspraak wel. Het betreft dan voornamelijk twee eenzijdige rechtshandelingen: opzegging van een overeenkomst en afstand van recht. Verwonderlijk is het niet, dat juist deze rechtshandelingen in een m.v.o.-procedure aan de orde kwamen; bij opzeg-

ging en afstand is m.v.o. vrij licht denkbaar.

In 1931 wees de Rb. Rotterdam (119) een vonnis over een kwitantie, waarin het slachtoffer van een ongeval verklaarde volledig te zijn schadeloosgesteld en van verdere vorderingen af te zien. Zulk een kwitantie is te kenschetsen als afstand van recht, nl. het recht op verdere schadeloosstelling. Wanneer het slachtoffer in rechte toch verdere schadevergoeding vordert, beroept zijn wederpartij zich op de kwitantie. De Rb. wijst dit verweer af: 'lettende op de omstandigheden, waaronder van eiser die verklaring is gevraagd en achtslaande op de overgelegde verklaring van de hem behandeld hebbende genceesheer, dat eiser de eerste weken na het ongeval geestelijk gestoord was, neemt de Rb. aan, dat eiser, toen hij de bedoelde verklaring tekende, niet in staat was een rechtsgeldige wilsverklaring af te leggen, zodat de verklaring geen rechtskracht heeft'. Ten overvloed overweegt de Rb. dat de verklaring in strijd met de goede zeden is verkregen, daar de man ernstig ziek was, onontwikkeld was, de gevolgen van het ongeval die achteraf veel erger bleken te zijn dan men op het tijdstip dat de verklaring getekend werd, kon bevroeden, niet kon overzien en daar het zeer gemakkelijk was van iemand die in zeer ongunstige financiële omstandigheden verkeerde, tegen betaling van een kleine schadevergoeding een verklaring als hier bedoeld los te troggelen. Ook al was de man geestelijk volkomen normaal geweest, toch was de verklaring onder deze omstandigheden niet rechtsgeldig. Voilà, een schoolvoorbeeld van m.v.o.: er werd door de gedaagde misbruik gemaakt van de ziekte, de onkunde en de geldnood van de eiser. M.v.o., maar nu bij het verrichten van een eenzijdige rechtshandeling.

In dit soort casusposities, waarbij kwietschelding, afstand van recht of opzegging wordt verkregen van iemand die in bijzondere omstandigheden verkeert, wordt veelal langs twee wegen geageerd:

1) de handelende is niet in staat zijn wil te bepalen;

2) m.v.o., leidende tot een ongeoorloofde oorzaak.

Het Hof 's-Gravenhage (120) waarbij hoger beroep werd ingesteld, volgde de Rb. Rotterdam echter niet: 'er van uitgaande, dat het slachtoffer geestelijk normaal was, kon de motivering de beslissing niet dragen'.

In 1937 werd aan de Rb. Breda (121) een soortgelijk geval ter beoordeling voorgelegd. Ook hier betrof het geschil een kwitantie waarbij het slachtoffer van het ongeval verklaarde geheel te zijn schadeloosgesteld. Dezelfde rechtsmiddelen als bij de voorgaande procedure werden aangevoerd:

1) de eiser was ten tijde van de ondertekening niet in staat zijn wil te bepalen

2) de verklaring was in strijd met de goede zeden.

In deze zaak verwierp de Rb. Breda beide gronden:

ad 1) het feit, dat de eiser zijn wil niet kon bepalen, ontnemt niet zonder meer rechtskracht aan de verklaring, maar slechts indien voor degene die de verklaring in ontvangst nam, dat feit duidelijk

was. Dat de laatstgenoemde niet op de toerekeningsvatbaarheid van eiser mocht rekenen, is noch gesteld, noch ten processe gebleken.

Uit een dergelijke uitspraak blijkt duidelijk de gedateerdheid van het vonnis. In de huidige jurisprudentie wordt aangenomen dat door rechtshandelingen om niet de handelende niet gebonden is, ook al was zijn geestestoestand niet kenbaar, tenzij de wederpartij in gerechtvaardigd vertrouwen op die verklaring zichzelf in een ongunstiger positie heeft gebracht dan zonder die verklaring het geval zou zijn geweest (122).

ad 2) Er is geen sprake van strijdigheid met de goede zeden. De eiser acht hier een ongeoorloofde oorzaak aanwezig, daar in verband met het abnormaal laag bedrag van de betaalde f 300,- in verhouding tot de werkelijk geleden schade en te lijden schade, de bedoeling niet kan zijn geweest een billijke schaderegeling te treffen, doch de bedoeling kennelijk alleen is geweest om, speculerend op eisers geringe ontwikkeling en armoede, hem zijn rechtmatige prestaties te ontnemen. Dit zijn echter beweringen, die slechts supposities zijn en geen feiten.

De Rb. veronderstelt dat de eiser de verklaring afgaf, hetzij omdat hij er zich van bewust was zelf schuld te hebben, hetzij omdat hij aan het zekere bedrag van f 300,- de voorkeur gaf boven een ongewisse procedure. De eisende partij heeft zijn rechtsmiddel wellicht wat ongelukkig geformuleerd door te stellen, dat het de bedoeling niet geweest kan zijn, etc. Een positieve stellingname en bewijsaanbod zou hem wellicht geholpen hebben. Anderzijds acht ik de motivering van de Rb. zwak: ook de bewering van de Rb. omtrent het motief van eiser om de verklaring te ondertekenen is slechts een suppositie.

Opgemerkt zij nog: zowel in de procedure voor de Rb. Rotterdam als voor de Rb. Breda is door eiser niet met zoveel woorden een beroep op m.v.o. gedaan. Zij stelden dat de verklaring onder de door hen genoemde omstandigheden in strijd met de goede zeden was: in de geschilderde omstandigheden is echter onmiskenbaar het vitium m.v.o. te onderkennen.

Tot slot nog een vonnis van de Rb. Amsterdam (123) over m.v.o. bij opzegging van een huurovereenkomst. Onder bedreiging met arrestatie en inbeslagname van zijn goederen door de POD brengt een verhuurder zijn huurder ertoe de huur op te zeggen. De Rb. acht dwang in de zin van art. 1360 BW aanwezig en overweegt ambtshalve dat de door de huurder gestelde verklaring bovendien nietig zou zijn wegens strijd met de goede zeden in verband met de op de huurder uitgeoefende hoogst onbehoorlijke invloed.

Uit deze procedure blijkt dat dwang en m.v.o. aan elkaar kunnen grenzen (124). Relevantier in dit verband is dat de Rb. ook bij een eenzijdige rechtshandeling strijd met de goede zeden wegens m.v.o. aannam.

Volgens Berger (125) blijft de vraag in het midden of de afstand

van huur een overeenkomst dan wel een eenzijdige rechtshandeling is. Maar ook als het een eenzijdige rechtshandeling zou zijn, hetgeen hij betwijfelt, neemt hij in navolging van Meijers (126) strijd met de goede zeden aan, wegens onredelijke beïnvloeding. De HR (127) laat zich over m.v.o. verder niet uit, maar wijst het cassatieberoep van de verhuurder op andere gronden af.

C. De analoge toepassing van de artt. 1371 jo. 1373 BW

Volgens de huidige rechtspraak kan een overeenkomst die onder invloed van m.v.o. is gesloten, een geoorloofde oorzaak ontberen (128). De rechter hanteert de ongeoorloofde oorzaak-constructie ter bestrijding van m.v.o. In het licht van deze jurisprudentie ligt het voor de hand om in het geval van m.v.o. bij eenzijdige rechtshandelingen aansluiting te zoeken bij de artt. 1371 jo. 1373 BW. Art. 1371 BW is echter geplaatst in boek IV verbintenissenrecht. Het is geschreven voor de obligatoire contracten: een obligatoire overeenkomst dient een geoorloofde oorzaak te hebben. In de literatuur wordt veelal aangenomen, dat ook bij een andere rechtshandeling dan een obligatoir contract een geoorloofde oorzaak een dwingend vereiste is. Van der Burght en Croes (129) merken op dat sinds het Kruseman/gemeente Amsterdam-arrest (130) aan alle rechtshandelingen het vereiste van een geoorloofde oorzaak gesteld dient te worden. Hiermee is naar hun mening tevens vastgesteld dat bij alle rechtshandelingen m.v.o. kan voorkomen. Met andere woorden de wettelijke regels over de ontstaansvereisten van overeenkomsten worden analoog toegepast op andere rechtshandelingen. Deze analoge toepassing vinden wij ook in de rechtspraak over m.v.o. bij eenzijdige rechtshandelingen (131). De opvatting dat een eenzijdige rechtshandeling in strijd met de goede zeden is vanwege m.v.o., is verdedigbaar. Het bezwaar dat ik tegen het gebruik van de oorzaak-constructie bij overeenkomsten, die door m.v.o. tot stand zijn gekomen, opperde, geldt echter ook hier (132).

Is naar mijn mening in het huidige recht reeds een beroep op m.v.o. bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten mogelijk, in het NBW wordt expliciet een beroep op m.v.o. bij alle vermogensrechtelijke handelingen toegestaan.

1. Zie de noot van Beekhuis, J.H. , AA VI, blz.181 e.v
2. In dezelfde zin Ktg. Schiedam 11-10-1932, NJ 1933, 339
3. Zie voor andere uitspraken van vóór 1957: Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.135 e.v.
4. HR 13-1-1922, NJ 1922, 316; zie ook HR 13-11-1936, NJ 1937, 433.
5. Als voorbeelden mogen voorshands dienen: Hof Arnhem 8-11-1960, NJ 1961, 384; Rb. Rotterdam 20-2-1963, NJ 1963, 382; HR 8-12-1961, NJ 1962, 56; HR 31-10-1969, NJ 1970, 57; Rb. Assen 16-11-1971, NJ 1972, 239; HR 15-11-1974, NJ 1976, 122.
6. HR 11-1-1957, NJ 1959, 37 met noot Hijmans van den Bergh, L.J. ,AA VI, blz.181 e.v. met noot van Beekhuis, J.H. , VR 1957, blz.75 met noot van Polak, N.J.
7. HR 3-6-1938, NJ 1938, 920.
8. Beekhuis, J.H. , AA VI, blz.185.
9. Hijmans van den Bergh, L.J. , NJ 1959, 37, blz.122-123.
10. Zie over dit onderwerp de noot van Van der Grinten, W.C.L. , onder HR 29-5-1964, NJ 1965, 104 in AA XIV, blz.238; zie hierover ook hoofdstuk drie.
11. In dezelfde zin A.-G. Langemeijer, NJ 1959, blz.119.
12. Polak, N.J. , VR 1957, blz.80.
13. HR 29-5-1964, NJ 1965, 104 en HR 13-6-1975, NJ 1976, 98.
14. Zie Hartkamp, NJB 1972, blz.376.
15. Langemeijer, NJ 1959, blz.118 en 119.
16. Stein, NJB 1972, aflevering vijf, blz.124, noot 6.
17. HR 26-2-1960, NJ 1965, 373. (Bovag III)
18. Polak, N.J. , noot Bovag II, VR 1957, blz.80.
19. Het tussen haakjes vermelde is van mij, L.
20. Benadrukking is van mijzelf, L.
21. Stein, diss. , blz. 172-174 en 181.
22. Hofmann-Abas, blz.159.
23. Van der Grinten, W.C.L. , in zijn noot onder Van Elmbt/Feierabend in AA XIV, blz. 237.

24. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.851
25. Abas, diss. , blz.84; Hofmann-Abas, blz.161
26. Pitlo/Bolweg, blz.241
27. Abas, diss., blz 82-88.
28. Smulders, WPNR 5383, blz.178; zie ook Nagelkerke, WPNR 5288, blz.850 onder A) benadeling.
29. Volgens Kluwer *Contractenrecht (Wuisman)* III, no.143 acht Abas subjectieve benadeling voldoende, maar acht Abas dit ook noodzakelijk?
30. Scholten, G.J., NJ 1965, 104, blz.392.
31. Zie o.a. Abas, diss., blz.85.
32. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.850 en 851; zie ook Borst, P., R.M.Themis 1961, blz.191-193.
33. Hof 's-Gravenhage 16-10-1969, NJ 1970, 243.
34. HR 17-1-1967, NJ 1968, 42. HR 3-1-1964, NJ 1965, 16.
35. Zie noot Van der Grinten, W.C.L., AA 1969, blz.35.
36. Van Schellen, WPNR 5091, blz.352.
37. Zie ook Smulders, WPNR 5383, blz.181.
38. Zie ook HR 13-6-1975, NJ 1976, 98.
39. Zie ook Scholten, G.J., in zijn noot onder dit arrest, NJ 1968, blz 846.
40. Zie ook het C.B.R.-arrest, HR 8-12-1961, NJ 1962, 56; 1e Mensendieck - arrest, HR 31-10-1969, NJ 1970, 59.
41. Van der Grinten, W.C.L. in noot onder Van Elmbt/Feierabend, AA XIV, blz.237.
42. HR 13-3-1936, NJ 1936, 415 (Watertoren); HR 7-6-1937, NJ 1937, 512 (Lentse schutting); HR 17-4-1970, NJ 1971, 89 (Grensoverschrijdende garage).
43. Zie over het Buma/Brinkmann-arrest verder: Hartkamp, NJB 1972, blz. 378 noot 18; Kluwer *Contractenrecht (Wuisman)* III, no.142.
44. Zo ook A.-G. van Oosten in zijn conclusie, NJ 1967, blz.292.
45. A.-G. van Oosten, NJ 1967, blz.292.
46. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.852; Hof Amsterdam 3-1-1969, NJ 1970, 89.
47. HR 10-12-1965, NJ 1967, 80 .
48. Hof Arnhem, 1-11-1966, NJ 1967, 81 .
49. HR 22-12-1967, NJ 1968, 222.

50. Smulders, WPNR 5383, blz.182.
51. Rb. Assen 16-11-1971, NJ 1972, 239.
52. HR 29-4-1971, NJ 1972, 336.
53. HR 10-3-1933, NJ 1933, 804; Zie in dit verband ook HR 18-5-1979, NJ 1980, 5.
54. Zie Van der Grinten, W.C.L. in zijn noot onder het Weduwepensioen-arrest, AA XX, blz.505; Zie ook de conclusie van P.-G. Berger bij HR 10-3-1933, NJ 1933, 804 en de conclusie van P.-G. Langemeijer, NJ 1972, blz.1028.
55. Van der Grinten, W.C.L., AA XX, blz.505 e.v.
56. Zo ook Pitlo/Bolweg, blz.240; Bloembergen, WPNR 5190, blz.427; De Jong, F.J., NJB 1971, blz.572 e.v.; Smulders, WPNR 5383, blz.183.
57. Abas, diss., blz.90.
58. Bloembergen, WPNR 5190, blz.427.
59. Zie over de factor benadeling Stein, NJB 1972, blz.125, die uit dit arrest afleidt dat 'benadeling' niet gemist kan worden; zie ook Abas, diss., blz.87.
60. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.856.
61. Zie noot van Luijten, E.A.A., NJ 1972, blz.1029; Van der Grinten, W.C.L., AA XX, blz.506; P.-G. Langemeijer, NJ 1972, blz.1029; Pitlo/Bolweg, blz.240.
62. Smulders, WPNR 5383, blz.183.
63. HR 15-4-1974, NJ 1976, 122.
64. Van der Grinten, W.C.L., AA XX, blz.508.
65. HR 31-1-1922, W 10886, NJ 1922, blz.316.
66. Zie hierover Scholten, G.J., NJ 1974, blz.1229.
67. Scholten, G.J., NJ 1974, blz.1229.
68. Zie HR 30-5-1924, NJ 1924, 835.
69. Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.156.
70. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.861.
71. Zie Smulders, WPNR 5383, blz.183; A.-G. Ten Kate, NJ 1974, blz.1227.
72. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.860.
73. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.860.
74. Scholten, G.J., NJ 1974, blz.1229.
75. A.-G. Berger, NJ 1976, blz.247 en 248.

76. Hofmann-Abas, blz.160.
77. A.-G. Berger, NJ 1976, blz.247 en 248.
78. Noot Scholten, G.J., NJ 1978, 227, blz.797.
79. P.-G. van Oosten in zijn conclusie, NJ 1978, blz.796 en 797.
80. Art.3.2.10, lid 4 NBW.
81. Zie de conclusie A.-G. Franx, NJ 1978, blz.2036.
82. Zie over het kenbaarheidsvereiste hoofdstuk zes.
83. Zie ook HR 10-12-1965, NJ 1967, 80.
84. Molengraaff, W.P.L.A., RM 1895, blz.390; Meijers, E.M., Verzamelde Privaatrecht. opstellen III, blz.210 e.v.; Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz.137; Van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel, blz.435; Zeijlemaker, J., Preadvies NJV 1948, blz.111-114; Bregstein, M.H., Gedenkboek BW, blz.451
85. Ktg. Amsterdam 7-4-1931, NJ 1931, 708; Rb. Haarlem 19-10-1926, NJ 1927, 301; Rb. 's-Gravenhage 21-6-1927, NJ 1928, 197.
86. HR 30-6-1950, NJ 1952, 36.
87. Hijmans van den Bergh, L.J., NJ 1959, blz.123.
88. A.-G. Langemeijer, NJ 1959, blz.118.
89. Drion, H., Preadvies, NJV 1957, blz.219; Beekhuis, J.H., noot AA VI, blz.183 e.v.
90. Van Zeben, diss., blz.59.
91. Abas, diss., blz.81.
92. Aldus Pitlo/Bolweg, blz.240; Meijers, WPNR 3372, blz.334; Abas, diss., blz.81; Van Zeben, diss., blz.75; Beekhuis, J.H., in noot bij Bovag II, AA VI, blz.185.
93. Meijers, WPNR 3372, blz.334 e.v.
94. A.-G. Langemeijer, NJ 1959, 37, blz.117; Hijmans van den Bergh, L.J., NJ 1959, blz.121; Abas, diss., blz.90.
95. Zie Nieuwenhuis, diss., blz.122 e.v.
96. Zie hierover Petit, diss., blz.260 en 261.
97. In deze zin ook Stein, diss., blz.162.
98. Petit, diss., blz.262.
99. Pitlo/Bolweg, blz.240. Ook in de zesde druk (vóór de bewerking door Bolweg) wordt de juistheid van de toegepaste constructie betwijfeld: Pitlo, A., Verbintenissenrecht, 6e druk, blz.176, noot 3.

100. Van Zeven, diss., blz.62.
101. Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.146; zie ook Stein, diss., blz.133.
102. Zie hoofdstuk drie.
103. Zie Schut, G.H.A., Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis, Studepoeket privaatrecht, no.15, Zwolle 1977, blz.3.
104. Art.3.2.21 NBW.
105. Stein, diss., blz.166.
106. Zie Asser-Van der Grinten I, Vertegenwoordiging, Zwolle 1978, blz.20.
107. HR 24-6-1938, NJ 1939, 337.
108. Asser-Van der Grinten, t.a.p., blz.20.
109. Zie Meijers, WPNR 3372, blz.335; Berger Sr. in zijn conclusie bij HR 8-12-1950, NJ 1951, 489, blz.910; Van Zeven, diss., blz.9 en 107; Stein, diss., blz.166 en 167; Nagelkerke, WPNR 5288, blz.854. Afwijkend: Van Oosten, NJ 1978, blz.796 en 797.
110. Diss., blz.9; zie ook Gr. van der Burght en A.L. Croes, Serie privaatrechtelijke begrippen no.1, Groningen, 1974, blz.45
111. Diss., blz.67.
112. BGB, par.138.
113. Zie Bluysen/Kolhorn, HR 13-6-1975, NJ 1976, 98.
114. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.854.
115. HR 8-12-1950, NJ 1951, 489; Rb. Rotterdam 6-3-1931, NJ 1931, 989; Rb. Breda 4-5-1937, NJ 1938, 714.
116. Zie voor een soortgelijk probleem in het geval van dwaling: A. Klein Lankhorst, AA 1972, blz.483 e.v.
117. Meijers, WPNR 3372, blz.335.
118. Berger, t.a.p., blz.910.
119. Rb. Rotterdam 16-3-1931, NJ 1931, blz.989.
120. Hof 's-Gravenhage 22-1-1932, NJ 1932, blz.278.
121. Rb. Breda 4-5-1937, NJ 1938, 714.
122. HR 15-5-1959, NJ 1959, 516; HR 29-11-1974, NJ 1975, 211; HR 5-12-1975, NJ 1976, 223.
123. Rb. Amsterdam 29-6-1948, NJ 1951, 489.
124. Zie hierover hoofdstuk vijf.

125. Berger, t.a.p., blz.910.
126. Meijers, WPNR 3372, blz.335.
127. HR 8-12-1950, NJ 1951, 489.
128. Zie HR 11-1-1957, NJ 1959, 37 en meer recent: HR 18-2-1978, NJ 1978, 227.
129. Van der Burght, Gr. en Croes, A.L., t.a.p., blz.45.
130. HR 13-4-1962, NJ 1964, 366.
131. Rb. Rotterdam 16-3-1931, NJ 1931, blz.989; Rb. Breda 4-5-1937, NJ 1938, 714; Rb. Amsterdam 29-6-1948, NJ 1951, 489.
132. Zie par.2.11.

III. De rechtsgevolgen van misbruik van omstandigheden en de werking ten opzichte van derden

3 1. Nietigheid ten gevolge van een ongeoorloofde oorzaak

Zoals beschreven in het vorige hoofdstuk is de HR van oordeel dat een overeenkomst een geoorloofde oorzaak kan ontberen, wanneer deze onder invloed van m.v.o. tot stand is gekomen.

Alvorens over te gaan tot een bespreking van de rechtsgevolgen van een ten gevolge van m.v.o. ongeoorloofd contract, dienen eerst de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' gedefinieerd te worden (1).

In navolging van Rutten hanteer ik de volgende indeling:

A) Van rechtswege nietig - vernietigbaar

Een rechtshandeling is van rechtswege nietig, indien zij van meet af aan elk rechtsgevolg mist.

Een rechtshandeling is vernietigbaar, indien men haar volledige geldingskracht moet toekennen, totdat een bepaalde persoon of bepaalde personen in of buiten rechte de nietigheid inroept/inroepen. Dit onderscheid houdt verband met de ambtshalve toepassing van de nietigheid door de rechter en de mogelijkheid van bekrachtiging.

B) Absolute nietigheid - relatieve nietigheid

Een rechtshandeling is absoluut nietig, indien de nietigheid of van rechtswege of na vernietiging ten opzichte van een ieder werkt.

Een rechtshandeling is relatief nietig, indien de nietigheid of van rechtswege of na vernietiging slechts ten opzichte van bepaalde personen werkt.

C) Algehele nietigheid - partiële nietigheid

Dit onderscheid duidt op de opvang van de nietigheid. Een algeheel nietige rechtshandeling heeft geen enkel rechtsgevolg.

Een partieel nietige rechtshandeling is gedeeltelijk nietig, gedeeltelijk geldig. De rechtshandeling wordt in delen opgesplitst.

Conversie kan grenzen aan partiële nietigheid.

Het BW is onvast in zijn terminologie betreffende nulliteiten (2).

Dit moge onder meer blijken uit de formulering van de artt. 1357, 1358 en 1359 BW, waarin over 'niet van waarde zijn' en 'nietigheid'

wordt gesproken, terwijl toch, naar algemeen wordt aangenomen en ook uit art. 1485 BW blijkt, in het geval van wilsgebreken vernietigbaarheid moet worden aangenomen.

M.v.o. is door ons hoogste rechtscollege in de context van de ongeoorloofde oorzaak geplaatst. Toch ben ik van mening dat, indien men de rechtsgevolgen van de ongeoorloofde overeenkomst bestudeert (3), steeds duidelijker wordt dat voor m.v.o. andere normen dienen te gelden dan voor de 'gemiddelde' ongeoorloofde overeenkomst. Petit schijnt in dezelfde richting te denken, wanneer hij zegt: 'Voor ieder geval van nietigheid dient men afzonderlijk te bepalen, wat die nietigheid aan rechtsgevolgen inhoudt door vaststelling van de rechtspolitische betekenis' (4).

De eerste vraag die beantwoord dient te worden met betrekking tot de 'nietigheid' van een overeenkomst die onder invloed van m.v.o. is gesloten, luidt: is de overeenkomst van rechtswege nietig dan wel vernietigbaar? Het eerste zou onder meer tot gevolg hebben dat ook de misbruiker een beroep op de nietigheid zou kunnen doen. Het ligt evenwel voor de hand dat de misbruiker in het algemeen geen reden zal hebben alsnog van het contract af te willen, daar juist hij gebaat is bij nakoming (5).

Toch is denkbaar dat de misbruiker bijvoorbeeld door veranderde omstandigheden een beroep op de nietigheid wil doen (6). Dat dit echter zelden het geval zal zijn, moge blijken uit het feit dat tot nu toe in geen enkele procedure de misbruiker m.v.o. als nietigheidsgrond aanvoerde. Buitendien, zelfs al zou het geval zich in praktijk voordoen, de moderne literatuur stelt zich - m.i. op juiste gronden - op het standpunt dat slechts de benadeelde een beroep op m.v.o. kan doen en niet de misbruiker.

Werd in de oudere literatuur (7) nog onwillig volgehouden dat de oorzaakconstructie leidt tot de mogelijkheid van beroep door beide partijen - volgens Petit (8) kan een ieder zich op de nietigheid van een ongeoorloofde overeenkomst beroepen, daar de nemo auditur-regel in ons recht niet geldt en de nietigheid van openbare orde is en niet in het belang van bepaalde personen -, anders wordt daar heden ten dage over gedacht. Van der Grinten (9), wiens mening ik in deze volg, schrijft: 'Het is m.i. de vraag of de conclusie onontkoombaar is dat beide partijen een beroep op de nietigheid hebben. In onze rechtspraak wordt aanvaard, dat de werking van de nietigheid zich niet verder mag uitstrekken dan het doel dat met de nietigheid wordt beoogd'. Als bewijs voor deze stelling noemt hij: HR 4-12-1903, W 8005, HR 2-6-1922, NJ 1922, 851 en HR 9-5-1941, NJ 1941, 829.

Suijling en Meijers (10) schijnen dezelfde mening te zijn toegedaan. Volgens Meijers is het in strijd met ieders rechtsgevoel, indien ook degene van wie de ongeoorloofde invloed is uitgegaan, niettegenstaande de benadeelde de overeenkomst wenst te handhaven, de onzedelijke oorzaak kan inroepen en zich daarmee aan de overeenkomst kan onttrekken. Vanwege dit bezwaar concludeert Meijers

eens te meer dat m.v.o. in wezen een wilsgebrek is; hij verbindt er evenwel niet de conclusie aan dat, ook als de oorzaakconstructie wordt gehanteerd, verdedigbaar is dat de overeenkomst vernietigbaar in plaats van van rechtswege nietig is. Suijling komt wel tot die gedachte. Hij acht een overeenkomst onder invloed van m.v.o. gesloten, vernietigbaar (beroep slechts door de benadeelde mogelijk).

Ik ben van mening dat dit een juiste opvatting is. De ratio op grond waarvan een overeenkomst onder invloed van m.v.o. aantastbaar dient te zijn, is bescherming van de benadeelde partij tegen de praktijken van de misbruiker. Vanuit die gedachte komt het vreemd voor ook de misbruiker die geen bescherming verdient, een beroep toe te staan. Alleen dan kunnen contractanten zich op de nietigheid beroepen, indien het doel dat het recht met de nulliteit nastreeft, daardoor gediend wordt (11).

Reeds eerder constateerde ik dat m.v.o. binnen de ongeoorloofde overeenkomsten een aparte plaats inneemt. In tegenstelling tot andere gevallen van strijdigheid met de goede zeden handelt bij m.v.o. slechts één partij ongeoorloofd (12), en dat leidt m.i. tot vernietigbaarheid in plaats van nietigheid van rechtswege.

De vraag of de rechter ambtshalve een contract wegens m.v.o. nietig mag verklaren, is hiermee tevens beantwoord.

Indien men aanvaardt dat het contract in geval van m.v.o. vernietigbaar is, dan mag de rechter m.v.o. niet ambtshalve toepassen (13). De oudere literatuur die in het algemeen uitgaat van een nietigheid van rechtswege, huldigt uiteraard de opvatting dat de rechter verplicht is tot een ambtshalve toepassing (14). Beekhuis die deze ambtshalve toepassing bij m.v.o. ongewensd vindt, ziet toch geen mogelijkheid om daaraan te ontkomen: De rechter moet deze vraag wel ambtshalve beantwoorden (15).

Van der Grinten (16) merkt op: 'Bij nietigheid wegens m.v.o. vindt de nietigheid niet haar grond in het feit dat de rechtshandeling naar haar inhoud onaanvaardbaar is in de rechtsorde. Ze is alleen onaanvaardbaar, omdat er onredelijke invloed is uitgeoefend'.

Derhalve kan alleen de beschermde partij over de nietigheid beschikken en dient de conclusie te worden getrokken dat de rechter slechts na beroep van de benadeelde de overeenkomst nietig kan verklaren en niet eigener beweging.

Welk beeld geeft de jurisprudentie tot nu toe te zien?

Een scheiding tekent zich af: in de oudere jurisprudentie (17) vinden we ettelijke malen een ambtshalve nietigverklaring wegens m.v.o., in de latere jurisprudentie komt dit niet meer voor. Van de tien arresten over m.v.o., door mij besproken in het tweede hoofdstuk, is slechts in het eerste arrest (18) - door het Hof - ambtshalve nietig verklaard, in alle latere arresten is nietig verklaard na beroep van de benadeelde.

Verwonderlijk is deze ontwikkeling niet. In de eerste helft van deze eeuw was m.v.o. een nieuw leerstuk. Er was geen wetgeving

terzake; de schrijvers opperden nog slechts aarzelend de mogelijkheid dat de rechtspraak m.v.o. bij de oorzaakconstructie zou kunnen onderbrengen. Wellicht verklaart dat waarom de benadeelde partij niet expliciet een beroep op m.v.o. deed. De lagere rechtspraak, die al eerder dan de HR m.v.o. als nietigheidsgrond aanvaardde, onderzocht eigener beweging de aanwezigheid van m.v.o. Soms droeg zij ambtshalve m.v.o. als rechtsgrond aan (19). Gelet ook op het bepaalde in art. 48 Rv. ligt dit in de rede. Vanuit de gedachte dat m.v.o. leidt tot vernietigbaarheid komt men echter tot een ander inzicht omtrent de ambtshalve toepassing.

De bevoegdheid tot bekrachtiging van de overeenkomst door de benadeelde is een laatste vraag die met het onderscheid 'nietigheid van rechtswege - vernietigbaarheid' samenhangt.

Volgens Rutten is bekrachtiging van een vernietigbare rechtshandeling het opheffen van de gevolgen van een daaraan klevend gebrek, waardoor deze handeling de kracht verkrijgt van een geldige rechtshandeling. Hij die kan vernietigen, kan ook bekrachtigen (20).

Nemen zowel Stein als Van Zeben (21) aan, dat één van de bezwaren van de oorzaakconstructie is gelegen in het feit dat het contract dat volgens hen van rechtswege nietig is, niet bekrachtigd kan worden, m.i. moet er van worden uitgegaan dat de benadeelde, daar slechts deze over de nietigheid kan disponeren, de overeenkomst ook kan bekrachtigen. Ook Suijling is deze mening toegedaan (22). Uiteraard kan slechts rechtsgeldig bekrachtigd worden, indien de benadeelde vrij is van de op hem uitgeoefende onbehoorlijke beïnvloeding, daar anders immers de bekrachtiging zelf op haar beurt een geoorloofde oorzaak zou ontberen wegens m.v.o. (23).

De tweede indeling, door mij in deze paragraaf aangegeven, behelst de absolute nietigheid tegenover de relatieve nietigheid. Een absoluut nietige overeenkomst is ten opzichte van een ieder nietig, een relatief nietige slechts ten aanzien van bepaalde personen. Ten aanzien van de werking van de nietigheid op grond van m.v.o. is m.i. geen twijfel mogelijk. Of men nu van oordeel is dat een overeenkomst, onder invloed van m.v.o. gesloten, van rechtswege nietig is dan wel vernietigbaar is, in beide opvattingen werkt de nietigheid, hetzij van meet af aan, hetzij na de vernietiging, ten opzichte van een ieder.

Het laatste onderscheid: algehele nietigheid - partiële nietigheid levert meer stof tot discussie op. Nagelkerke heeft in het WPNR (24) geconstateerd dat in verreweg de meeste gevallen slechts een enkel beding nietig werd verklaard. Hij haalt als voorbeelden aan: Hof 's-Hertogenbosch 3-3-1959, NJ 1959, 655 (Bovag II), Hof 's-Hertogenbosch 8-12-1959, NJ 1961, 158, HR 29-5-1964, NJ 1965, 104 (Van Elmbt/Feierabend). Hof Amsterdam

3-1-1969, NJ 1970, 89 (bieraufnamebeding).

Inderdaad is in verscheidene procedures slechts een enkel beding ongeoorloofd geacht op grond van m.v.o., terwijl het resterende deel van de overeenkomst (impliciet) intact wordt gelaten. Toch zijn er enige relevante arresten geweest, waarin het bepaald wel om de overeenkomst in haar volle omvang ging: het Antilliaanse fraude-arrest (25), het arrest Bluysen/Kolhorn (26) en het Hart van Afrika-arrest (27). Ten aanzien van het Antilliaanse fraude-arrest constateert Nagelkerke (28) dat nog in een naschrift.

De HR heeft tot op heden geen expliciete uitspraak gedaan over de vraag of partiële nietigheid bij m.v.o. kan voorkomen. In Bovag II laat de HR zich daarover niet uit: in het tweede cassatiemiddel werd geklaagd, dat het Hof ten onrechte het vrijwaringsbeding van de rest van het contract had afgesplitst. De HR overwoog evenwel dat het Hof slechts de vordering die op grond van het vrijwaringsbeding was ingesteld, heeft afgewezen, zonder zich verder uit te laten over de invloed van deze nietigheid op het overige deel van de overeenkomst (29).

Het Hof Arnhem (30) overwoog echter uitdrukkelijk dat in het voorliggende geval de omstandigheden geen grond voor gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van het convenant opleverden.

Al is de rechtspraak niet volledig duidelijk met betrekking tot partiële nietigverklaring bij m.v.o., impliciet is daarvan wel sprake (31).

In vonnissen en arresten in het begin van deze eeuw geweest, werd partiële nietigheid veelal afgewezen; men nam aan dat het nietige beding de gehele overeenkomst vitieerde (32). Volgens de arresten van de HR uit 1929, 1938 en 1941 (33) is partiële nietigheid wel mogelijk. Als criterium geldt de vraag of het beding essentieel is voor het resterende deel van de overeenkomst. Indien een beding nietig is, dan is slechts de gehele overeenkomst nietig, als aanneemelijk is dat partijen de overeenkomst zonder dat beding niet gesloten zouden hebben. Het vraagstuk van de partiële nietigheid wordt teruggevoerd tot de veronderstelde partijwil. Indien partijen ook zonder het beding de overeenkomst gewild zouden hebben, dan volgt daaruit partiële nietigheid; zo niet, dan is de overeenkomst algeheel nietig (34).

Uit het voorgaande moge blijken dat de jurisprudentie de mogelijkheid van partiële nietigheid erkent, indien aan de gestelde voorwaarde is voldaan. Ook het BW kent gevallen van partiële nietigheid: artt. 1200 en 1705 BW.

De vraag is nu in hoeverre deze partiële nietigheid bij m.v.o. toegepast kan worden. Van Zeben (35) stelt: bij m.v.o. is de litigieuze clausule veelal wel essentieel; het is gewoonlijk niet aanneemelijk dat de overeenkomst zonder het nietig beding gesloten zou zijn en derhalve is de overeenkomst algeheel nietig. Deze conclusie behoeft m.i. niet te worden getrokken.

M.v.o. kan zich in zulk een verscheidenheid van gevallen voordoen, dat men van geval tot geval dient te bezien of m.v.o. leidt tot algehele, dan wel partiële nietigheid. In een aantal gevallen zal partiële nietigheid niet aan de orde zijn, daar er geen zelfstandig beding valt af te splitsen (36). In een dergelijke situatie heeft de benadeelde partij de overeenkomst als zodanig niet gewild; m.v.o. moet dan leiden tot algehele nietigheid.

Indien wel een beding van de overeenkomst kan worden afgesplitst - niet de overeenkomst als geheel, maar slechts een bepaalde clausule is onereus - dan komt het criterium, door de HR gehanteerd, aan de orde: is het aannemelijk dat partijen de overeenkomst ook zonder het beding wilden? In tegenstelling tot Van Zebe ben ik van mening dat veelal óók de misbruiker de overeenkomst zonder het beding wil handhaven. Als voorbeeld kan het Bovag II-arrest dienen. Zou Uijting en Smits het reparatiecontract ook hebben gesloten, indien zij geweten had dat de vrijwarings-clausule ongeoorloofd was? Deze vraag moet m.i. bevestigend beantwoord worden. Het repareren van auto's is naast de verkoop de belangrijkste werkzaamheid van een garage. Het is alleszins aannemelijk dat de garage de reparatieovereenkomst ook zonder een dergelijke, aansprakelijkheidsafwentelende, clausule zou willen sluiten. Wat voor belang zou de garage er immers bij hebben dat ook het resterende deel van de overeenkomst nietig zou zijn?

Hoe evenwel te oordelen, indien de misbruiker de overeenkomst, juist vanwege het onereuze beding heeft gesloten? M.i. dient er naar gestreefd te worden zo dicht mogelijk bij de oorspronkelijke rechtshandeling te blijven. Het antwoord op de vraag of de nietigheid van een beding leidt tot nietigheid van de gehele overeenkomst dient niet afhankelijk te zijn van de subjectieve wil van (één van) beide partijen. Het komt mij juist voor een objectief criterium te aanvaarden (37). Petit (38) stelt terecht: 'of men de rest van het contract in stand kan laten, hangt ervan af of van beide partijen redelijkerwijs gebondenheid aan het contract kan worden gevraagd'. M.i. kan dit veelal redelijkerwijs van de misbruiker verlangd worden (39). En verder merkt Petit op: 'Hier spelen twee rechtsbelangen een rol: 1) dat zo min mogelijk wordt vernietigd en 2) dat niet iemand door te zijn gebonden aan iets anders dan wat hij is overeengekomen in zijn rechtmatige belangen wordt benadeeld. Slechts als een partij een rechtmatig belang heeft, mag de partiële nietigheid niet worden toegepast'.

3.2. Conversie

Het komt mij wenselijk voor conversie in een aparte paragraaf onder te brengen. Hoewel conversie grenst aan partiële nietigheid, bestaan er anderzijds toch essentiële verschillen tussen conversie en de nulliteitsgevolgen zoals besproken in par 3.1.

In de vorige paragraaf werd onderzocht wie een beroep op de nietigheid kon doen, tegenover wie de nietigheid werkte en tot slot welke de omvang van die nietigheid was. We hebben gezien dat er gevallen zijn waarin de overeenkomst algeheel nietig werd geacht. Anderzijds zijn er situaties waarin weliswaar een deel van de overeenkomst nietig is, maar het resterende gedeelte in stand blijft, zodat daaruit rechtsgevolgen voor partijen voortvloeien.

In deze paragraaf wordt de wijziging van een rechtshandeling aan de orde gesteld. Partiele nietigheid is te typeren als het 'weglaten' van een deel van een rechtshandeling, conversie als het wijzigen van (een deel van) de rechtshandeling. In die opvatting is conversie een rechtsfiguur die weliswaar in dezelfde lijn ligt als partiële nietigheid, maar verder gaat op de ingeslagen weg.

Rutten (40) omschrijft conversie als het omzetten van een nietige rechtshandeling in een geldige. Abas (41) hanteert de volgende definitie: 'Er is sprake van conversie, indien men aan een handeling in plaats van de daarmee beoogde rechtsgevolgen, welke door de nietigheid van de overeenkomst niet tot stand kunnen worden gebracht, andere rechtsgevolgen toekent, welke partijen wel door een rechtshandeling tot stand hadden kunnen brengen'.

Rutten (42) geeft een aantal voorbeelden van wettelijke conversie: artt. 1637r en 1639i BW en art. 2 jo 29 Huurwet. Inderdaad blijkt uit deze voorbeelden dat de wetgever het begrip conversie kent. Bij deze wettelijke conversie is de partijwil niet relevant. Daarnaast is echter de vraag in hoeverre conversie door de rechter toelaatbaar is, van belang. Hiertoe zal eerst de jurisprudentie worden gezien.

Als eerste mag worden gewezen op het arrest van de HR (43) over een toezegging die inhield, dat voor bewezen diensten een beloning bij wijze van legaat zou worden gegeven. De HR splitst de overeenkomst in twee bedingen en verklaart vervolgens partieel nietig. Reeds Meijers constateerde in zijn noot onder dit arrest, dat het in feite conversie betrof. De HR bedekt deze conversie door haar partiële nietigheid te noemen. Van der Grinten (44) en Berkhouwer (45) delen de mening van Meijers.

In het arrest Van de Water/Van Hemme (46) erkent de HR expliciet de mogelijkheid van conversie. Twee voorwaarden stelt ons hoogste rechtscollege daartoe:

- 1) de nietige rechtshandeling dient de bestanddelen van de vervangende rechtshandeling in zich te bevatten;
- 2) het moet aannemelijk zijn dat de handelende(n) liever de geconverteerde rechtshandeling zou(den) hebben gewild dan algehele nietigheid.

Deze uitspraak van de HR wordt door Kamphuisen (47) bekritiseerd. Eerstens valt hij over de wellicht enigszins ongelukkige formulering dat de nietige rechtshandeling de vervangende rechtshandeling in zich dient te bevatten. Vervolgens verwerpt hij het werken met de veronderstelde partijwil: het is onmogelijk na te gaan wat

partijen gewild zouden hebben; slechts hetgeen zij in werkelijkheid overeengekomen zijn, is van belang. En tot slot is hij van mening dat conversie op geen enkele manier in het positieve recht kan worden gefundeerd.

Het artikel van Kamphuisen is becommentarieerd door Hoog (48) en Van der Grinten (49) die beiden met de beslissing van de HR instemmen. Hoog wijst er terecht op, dat Kamphuisen veronderstelt dat de HR conversie bij iedere nietigheidsgrond wil toepassen, terwijl dat niet in het arrest te lezen valt: 'Alleen dan is er volgens de HR reden tot conversie, indien de nietige rechtshandeling een op zichzelf oirbare gelofte bevat, van welker consequenties men zich met een beroep op de nietigheid tracht af te maken'. Bovendien, zo zegt Hoog, is van ieder nieuw leerstuk gezegd dat het niet in het positieve recht te gronden is. Dat argument is derhalve vrij zwak.

Als laatste wil ik de procedure uit 1948 (50) omtrent een onregelmatige opzegging die door de HR in een wel regelmatige werd geconverteerd, noemen. In dit arrest heeft de HR de lijn van 1944 doorgetrokken. Slechts op één verschil moet worden gewezen: In 1948 worden de woorden 'de nietige rechtshandeling worde omgezet' door 'de nietige rechtshandeling wordt omgezet' vervangen. Dit zou kunnen betekenen, dat de rechter in 1948 wil benadrukken dat de conversie van rechtswege geschiedt (51).

De jurisprudentie stelt twee eisen voor conversie: de vervangende rechtshandeling moet 'lijken op' de nietige rechtshandeling en het dient aannemelijk te zijn, dat de handelende(n) de voorkeur geeft/geven aan de geconverteerde rechtshandeling boven de algehele nietigheid. De subjectieve (veronderstelde) partijwil is volgens de jurisprudentie belangrijk.

Aan conversie van een onder invloed van m.v.o. verrichte rechtshandeling zal niet vaak behoefte bestaan. Zoals reeds uit par.3.1. bleek, is vaak slechts één enkel beding ongeoorloofd. In een dergelijk geval kan sprake zijn van partiële nietigheid. Een andere mogelijkheid is algehele nietigheid. Er zijn feiten-constellaties denkbaar, waarin dit de meest wenselijke oplossing is. M.i. zal dit veelal het geval zijn bij rechtshandelingen om niet.

Indien er al bij een rechtshandeling die onder invloed van m.v.o. tot stand is gekomen, behoefte bestaat aan conversie in plaats van gehele of gedeeltelijke nietigheid, dan zal deze conversie zich veelal beperken tot een matiging van de verplichtingen van de benadeelde. Dit biedt de benadeelde het voordeel dat hij toch de door hem gewenste prestatie verkrijgt. Ook de misbruiker kan soms meer gebaat zijn bij conversie dan bij algehele nietigheid: door matiging verkrijgt hij in elk geval een deel van het door hem bedongene.

Hoe dient de toepassing van conversie te worden gefundeerd?

Van Zeben (52) wijst in zijn dissertatie de mogelijkheid van conversie voor m.v.o. af. Hij volgt de uitspraak van de HR in Van de Water/Van Hemme: conversie is slechts mogelijk, indien aanne-

melijk is dat partijen het wel bereikbare liever zouden hebben gewild dan algehele nietigheid. Daar volgens Van Zeben deze wil bij m.v.o. niet waarschijnlijk is, kan de rechtshandeling niet worden geconverteerd. De opvatting van Beekhuis (53) als zou de HR in 1948 de formulering hebben aangevuld door de partijwil te objectiveren, wijst hij af. M.i. terecht, daar deze opvatting niet te lezen is in het Conversie-arrest van 1948. De HR stelde slechts dat hetgeen de wederpartij van de opzegger begreep of moest begrijpen van belang is. Dit betreft geen objectivering van de partijwil, maar de kennis omtrent de subjectieve wil van de opzegger bij zijn wederpartij.

Abas (54) wijst het conversiebegrip van Van Zeben als verouderd af. Hij bepleit conversie ook tégen de partijbedoeling als oplossing voor de problemen die een algehele nietigheid met zich meebrengt. Evenals Van Zeben heeft Rutten (55) moeite met het fingeren van een wil, die in elk geval niet expliciet aanwezig is. Hij is van mening dat naar huidig recht geen rechtsgrond voor conversie kan worden gevonden (56).

Suijling (57), Van der Grinten (58) en Berkhouwer (59) staan positiever ten aanzien van de mogelijkheid van conversie. Zij allen objectiveren het criterium: óf de partijwil wordt geobjectiveerd, óf de partijwil wordt geheel buiten beschouwing gelaten.

Volgens Suijling heeft de rechter ook buiten de wet om de bevoegdheid een woekercontract te wijzigen, zo vaak als partijen als redelijke mensen geacht mogen worden ten dage van de contractssluiting, indien ze van het gebrek geweten hadden, een gewijzigd contract te hebben willen aangaan, gelijk fatsoenlijke mensen dat hadden gedaan.

Daar Van der Grinten oppert dat de partijwil wellicht te objectiveren is, mag men veronderstellen dat hij in dezelfde richting denkt. Berkhouwer tenslotte verwerpt het criterium van de veronderstelde partijwil geheel, hij wil conversie niet terugvoeren naar de subjectieve of objectieve bedoeling. In plaats daarvan wil hij van geval tot geval nagaan of er voldoende rechtvaardigingsgrond is om een andere rechtshandeling aan te nemen.

Hoewel conversie door de rechter een nieuw leerstuk is dat in zijn algemeenheid op geen enkel wetsartikel in onze huidige wetgeving terug te voeren is, vindt men toch in de rechtspraak over m.v.o. verschillende procedures waarin conversie aan de orde is. Zonder uitgebreide motivering wijzigden bijvoorbeeld het Ktg. Amsterdam (60), het Ktg. 's-Gravenhage (61) en de Rb. Amsterdam (62) woekercontracten. Het Ktg. 's-Gravenhage sprak weliswaar van gedeeltelijke nietigheid, maar m.i. was hier in feite van conversie sprake.

In het algemeen is de literatuur nogal vaag over de grondslag van conversie in ons huidige recht. Er zijn evenwel uitzonderingen op deze vaagheid. Zo beschouwt Van Dunné (63) conversie niet als een afzonderlijk rechtsfiguur, maar als slechts één aspect van

het rechtsvindingsproces.

M.i. is er een norm in ons recht te onderkennen die inhoudt dat men steeds zoveel mogelijk bij de door partijen gestelde rechtshandeling dient te blijven. Indien de bedoeling van partijen niet volledig te realiseren is, behoort men daar toch zo nauw mogelijk bij aan te sluiten en dit bereikt men niet door algehele nietigheid. Behalve de bedoeling van partijen, die uit de contractssluiting blijkt, dient ook achterhaald te worden, waarom de wetgever nietigheid voorschrijft. Conversie kan onder omstandigheden veel dichter bij het motief van de wetgever aansluiten dan algehele nietigheid. Berkhouwer (64) schrijft: 'Toepassing van de nietigheidsnormen zal nimmer, na opsporing van de onderliggende norm, verder mogen gaan dan een rationele verwezenlijking van de rechtsvoorschriften eist en een doelmatig functioneren van de rechtsorde vergt'. Daar de bescherming van de benadeelde de ratio van m.v.o. vormt, zal daarbij het gevolg van de nietigheid niet verder mogen gaan dan het belang van de beschermde eist.

Van der Grinten (65) acht conversie maatschappelijk wenselijk: 'het is wenselijk om aan nietige rechtshandelingen rechtsgevolgen te verbinden, voorzover de wet zich niet tegen die gevolgen verzet en aannemelijk is dat partijen liever conversie dan algehele nietigheid wensen'.

Nu is veelal niet te ontkennen dat conversie van een onder invloed van m.v.o. tot stand gekomen rechtshandeling tegen de wil van de misbruiker zal zijn; vanuit de ratio van m.v.o. staat m.i. echter de vraag centraal of de geconverteerde rechtshandeling voldoende rechtvaardigingsgrond heeft. Belangrijk is dan of deze gerechtvaardigd wordt door de concrete omstandigheden en of van de misbruiker mag worden verlangd dat hij door de geconverteerde rechtshandeling wordt gebonden.

Conversie van een onder invloed van m.v.o. tot stand gekomen rechtshandeling kan in het algemeen slechts geoorloofd worden geacht, indien aan de subjectieve partijwil geen overwegende betekenis wordt toegekend. Ofschoon ik, zoals ook anderen in de literatuur, die opvatting juist acht, moet erkend worden dat deze niet past in de jurisprudentie van de HR.

Gelet op dit spanningsveld is het het m.i. verheugend dat in het NBW een wettelijke grondslag aan conversie bij m.v.o. wordt gegeven. Anders dan in art. 3.2.8. NBW speelt in art. 3.2.17c NBW de wil van de wederpartij geen relevante rol, indien één der partijen in plaats van vernietiging wijziging verlangt.

3.3. Werking van misbruik van omstandigheden ten opzichte van derden

Ingevolge de artt. 1351 en 1376 BW werken overeenkomsten slechts tussen partijen. Derden kunnen in beginsel voor- noch nadelen

ontlenen aan een overeenkomst waarbij zij geen partij zijn. Toch is duidelijk dat derden vaak nauw betrokken kunnen zijn bij een overeenkomst. Zij kunnen belang hebben bij het wel of niet sluiten, het wel of niet (behoorlijk) uitvoeren van de overeenkomst. Te denken valt aan de onderlinge rechtsverhouding: opdrachtgever - medelijkelijk vertegenwoordiger - derde.

Ik behoef voorts slechts te wijzen op de vraagstukken die zich voordoen bij de eventuele werking van exoneratieclausules tegenover 'bij het contract betrokken derden', om het belang en de betrokkenheid van anderen dan contractspartijen aan te duiden (66). Het bestaan van de Pauliana wijst op de schade die schuldeisers kunnen lijden door overeenkomsten van hun schuldenaar, waar zij buiten staan.

In deze paragraaf is met name van belang in hoeverre derden de gevolgen ondervinden van ontstaansgebreken in overeenkomsten waarbij zij geen partij zijn.

Sedert geruime tijd wordt in de jurisprudentie aangenomen dat schade van een derde, veroorzaakt door de wanprestatie van een contractspartij jegens zijn wederpartij, onder omstandigheden ex art. 1401 BW dient te worden vergoed.

In 1946 besliste de HR (67) dat dezelfde gedraging die wanprestatie oplevert jegens de medecontractant, buitendien jegens een derde, getoetst aan de normen die bestemd zijn tot bescherming van het belang waarin deze als gevolg der wanprestatie is geschaad, onrechtmatig kan zijn.

De contractant dient de belangen van derden die bij de overeenkomst betrokken zijn, te ontzien. Het in de handel brengen van een gebrekkig produkt kan bijvoorbeeld zowel wanprestatie ten opzichte van de afnemer als een onrechtmatige daad ten opzichte van een derde opleveren (68).

De vraag is aan de orde in hoeverre ook m.v.o. bij het aangaan van een overeenkomst gevolgen kan hebben voor een niet-contractspartij.

Voorstelbaar is dat een derde schade lijdt door het feit dat anderen een overeenkomst onder invloed van m.v.o. sluiten. Is het in dat geval mogelijk dat de gelaedeerde de misbruiker aanspreekt ex art. 1401 BW? Dit zou betekenen dat m.v.o. niet slechts een rol speelt binnen een overeenkomst, maar ook naar buiten ten opzichte van derden.

In de jurisprudentie zijn enkele interessante aanknopingspunten te vinden. Ik wijs op twee procedures die een bijzondere gelijkenis vertonen: het Tante Bertha-arrest (69) en het Pos/Van den Bosch-arrest (70). In beide arresten wordt weliswaar op geen enkele plaats de term 'misbruik van omstandigheden' genoemd; toch zijn zij m.i., althans voor een wezenlijk deel, voor dit vitium van betekenis.

In 'Tante Bertha' had Streefland met zijn hoogbejaarde tante Bertha Streefland een koopovereenkomst gesloten over een onroerend goed,

dat zij reeds eerder aan een broer van Streefland had verkocht. Nadat het onroerend goed aan Streefland is geleverd, spreekt J. van der Graaf, als erfgenaam van de overleden broer, Streefland uit onrechtmatige daad aan en eist medewerking aan een retrotransport aan Bertha Streefland.

De eerste rechtsvraag - en in dit verband de enig relevante - die zich in deze zaak voordoet, luidt: Is de handelwijze van Streefland onrechtmatig ten opzichte van Van der Graaf?

De Rb. en het Hof wijzen de vordering van Van der Graaf toe. Het cassatieberoep wordt door de HR verworpen: het Hof heeft het daarin vermelde handelen van H. Streefland niet op zichzelf onrechtmatig jegens partij Van der Graaf geoordeeld, doch enkel in verband met de omstandigheden, te weten de onderlinge verwantschap, de hoge leeftijd van tante Bertha, de beheerderspositie van Streefland over het vermogen van zijn tante en het feit dat hij zowel op de hoogte was van de eerdere koopovereenkomst tussen zijn broer en zijn tante als van het belang dat zijn schoonzus bij het onroerend goed had.

Veelal wordt uit deze procedure en uit het Pos/Van den Bosch-arrest geconcludeerd dat het bewust profiteren van wanprestatie onrechtmatig kan zijn ten opzichte van een derde. M.i. is dat niet het belangrijkste aspect van deze arresten. Eerstens staat niet vast of in 'Tante Bertha' wel wanprestatie is gepleegd door tante Bertha (71). Vervolgens is niet zozeer het profiteren van de eventuele wanprestatie onrechtmatig, maar maken veeleer de omstandigheden van de handelwijze deze onrechtmatig.

Twee omstandigheden maken de koop ten opzichte van Van der Graaf onrechtmatig:

- 1) het overwicht van Streefland op zijn tante,
 - 2) de wetenschap van het bestaan van de overeenkomst en van de benadeling die zijn handelwijze voor Van der Graaf oplevert.
- Van Oosten (72) is van oordeel dat de omstandigheden wijzen op een feitelijk overwicht van Streefland op tante Bertha.

Deze omstandigheden zijn: de hoge leeftijd van tante, het feit dat Streefland haar vertrouwen geniet en de zakelijke en familiale verhouding. Ook de HR benadrukt volgens Scholten, in zijn noot bij dit arrest, de familiale verhouding.

Ik lees dit arrest in die zin dat m.v.o. een overeenkomst onrechtmatig kan maken ten opzichte van een derde. Het contract op zichzelf is niet onrechtmatig, maar onder meer het feit dat het door m.v.o. is afgedwongen, maakt het onrechtmatig ten opzichte van Van der Graaf.

Eenzelfde soort uitspraak vinden we in het arrest Pos/Van den Bosch.

Ook in die procedure was sprake van een overeenkomst over een onroerend goed, gesloten tussen een (achter)neef en een tante. Aan de pachter van het onroerend goed was eerder een optie verleend. De pachter spreekt de neef, Rolf Pos, uit onrechtmatige daad aan

tot overdracht van het onroerend goed. Vast stond dat Pos een bijzondere vertrouwenspositie bij de 86-jarige schenkster innam, in de gelegenheid verkeerde zijn invloed op haar uit te oefenen, haar vermogensbeheerder was en bovendien kennis droeg van de aan de pachter verleende optie.

Ook in deze casus maakt m.v.o. samen met andere factoren de handelwijze van Pos, nl. het accepteren van de schenking, onrechtmatig ten opzichte van de pachter.

Scholten (73) wijst op de bijzondere vertrouwenspositie die bij een bejaarde werd ingenomen en op de invloed die uitgeoefend kon worden. Hij acht het belangrijk dat een bejaarde goed wordt geadviseerd en beschermd. Hij vergelijkt de situatie van zulk vertrouwd vermogensbeheerder met de gedachte die aan de artt. 953 en 1718 BW ten grondslag ligt. Deze vergelijking ondersteunt mijn betoog: ook bij deze artikelen vormt vrees voor m.v.o. de grondslag.

Van der Grinten (74) is van mening dat ons recht in beginsel geen algemene, op de rustende, eerbiedigingsplicht van contractuele aanspraken kent, maar dat deze aanspraken voor een derde toch niet een geheel onverschillige zaak zijn: medewerking aan het frustreren van een dergelijke aanspraak kán onrechtmatig zijn. De HR heeft drie omstandigheden aangewezen die voor dit onrechtmatigheidsoordeel relevant zijn, waaronder de bijzondere vertrouwenspositie die Pos ten opzichte van de 86-jarige Neeltje had en de invloed die hij op haar kon uitoefenen. De ingrediënten voor m.v.o. zijn daarmee gegeven.

Als laatste wil ik op het arrest Buma/Brinkmann (75) wijzen. In tegenstelling tot Tante Bertha en Pos/Van den Bosch betreft Buma/Brinkmann een geval van misbruik van monopolie. Buma/Brinkmann is reeds in par. 2.3. uitvoerig besproken. Ik mag volstaan met naar die paragraaf te verwijzen voor een uiteenzetting van de feiten en de diverse rechtsgangen.

In deze paragraaf is besproken hoe het misbruik maken van de omstandigheden waarin de handelende verkeert, onrechtmatig kan zijn ten opzichte van een derde. Art 3.2.10, lid 5 NBW betreft een derde op een andere wijze dan hierboven beschreven bij een rechtshandeling die onder invloed van m.v.o. tot stand is gekomen. Ingevolge deze bepaling kan, indien een verklaring tot stand is gekomen door m.v.o. van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, op m.v.o. geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen. In dit geval is een derde de veroorzaker van het wilsgebrek, terwijl hierboven aangegeven werd hoe een derde 'slachtoffer' kan zijn van een onder invloed van m.v.o. gesloten overeenkomst.

1. Zie over deze materie o a. Bellinfante, Ongeldigheid van rechtshandelingen, diss. Leiden 1901, Van Hamel, J.A., De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht, diss. Amsterdam, 1902, Tieleman, C.C., De vormen van ongeldigheid van rechtshandelingen 1933, Eggen, WPNR 3629/3630 en 3637/3638; Verdam, P.J., Nietigheid van besluiten, diss. Amsterdam, 1940, Berkhouwer, C., Conversie van nietige rechtshandelingen, diss. Amsterdam, 1946, Asser-Rutten II, blz. 338, Hofmann-Abas, blz. 152 e.v., blz. 222 e.v.
2. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte. blz. 140.
3. Zie o.a. Petit, diss.
4. Petit, diss , blz 107
5. A -G Langemeijer in zijn conclusie bij Bovag II, Van Zeven, diss blz 62
6. Stein, diss., blz 162, Van Zeven, diss , blz.62; Van der Burght, Gr en Croes A L., Selectie uit het algemeen deel van het verbintenissenrecht, serie privaatrechtelijke begrippen, no.1, Groningen, 1974, blz 44.
7. Stein, diss , blz 162, Van Zeven, diss , blz. 62, Beekhuis, J H , in AA VI, blz.185, Hijmans van den Bergh, L J , NJ 1959, blz 122
8. Petit, diss., blz.109.
9. Van der Grinten, W C L., AA XIV, blz 238
10. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz.140, Meijers, WPNR 3372, blz. 335.
11. Pitlo-Bolweg, blz. 242.
12. Zie ook Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 139.
13. Zie ook Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 141.
14. Zie o.a. Van Zeven, blz. 62 en 63.
15. Beekhuis, J.H., AA VI, blz. 185.
16. Noot AA XIV, blz. 238.
17. Rb. Rotterdam 16-3-1931, NJ 1931, 981, Rb. Amsterdam 12-1-1925, NJ 1925, 900, Rb. Amsterdam 3-1-1950, te vinden bij HR 8-12-1950, NJ 1951, 489.
18. HR 11-1-1957, NJ 1959, 37 (Bovag II).
19. Rb. Haarlem 19-10-1926, NJ 1927, 301, Rb. Arnhem 23-6-1955, NJ 1956, 84.

20. Asser-Rutten II, blz.365.
21. Stein, diss. blz.163; Van Zeben, diss., blz. 64.
22. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 145.
23. Zie over m.v.o. bij eenzijdige rechtshandelingen par.2.12.
24. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.858.
25. HR 31-5-1974, NJ 1974, 435.
26. HR 13-6-1975, NJ 1976, 98.
27. HR 18-2-1978, NJ 1978, 227.
28. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.860.
29. Zie over deze kwestie: H. Drion, WPNR 4609 en Van Zeben, diss., blz.68.
30. Zie HR 15-11-1974, NJ 1976, 122.
31. Zie Rb. 's-Gravenhage 2-8-1970, NJ 1971, 440; Rb. Rotterdam 17-3-1913, NJ 1913, 32; HR 17-10-1969, NJ 1970, 146; Ktg. 's-Gravenhage 17-3-1937, NJ 1939, 232.
32. Zie HR 9-4-1903, W 9706; Rb. 's-Gravenhage 30-6-1921, NJ 1922, 196; Rb. Breda 28-9-1926, NJ 1927, 423.
33. HR 14-3-1929, NJ 1929, 1382; HR 20-5-1938, NJ 1939, 94; HR 18-5-1941, NJ 1941, 940.
34. Asser-Rutten II, blz.188 en 189; Hofmann-Abas, blz.152 en 153; zie over partiële nietigheid: Pitlo/Bolweg, blz.242.
35. Van Zeben, diss., blz. 68.
36. Antilliaanse fraude, Bluysen/Kolhorn, Hart van Afrika, Penterman/Handgraaf.
37. Van der Grinten, W.C.L., attendeert op de mogelijkheid de partijwil te objectiveren, NJB 1944, blz.158. Zie ook Scholten, P., noot NJ 1939, 94.
38. Petit, diss., blz.119 en 120.
39. In dezelfde zin Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 147.
40. Asser-Rutten II, blz.367.
41. Hofmann-Abas, blz.222.
42. Asser-Rutten II, blz.369.
43. HR 18-4-1941, NJ 1941, 940.
44. Van der Grinten, W.C.L., NJB 1944, blz.159.

- 45 Berkhouwer, t.a p , blz. 3
- 46 HR 21-1-1944, NJ 1944/45, 120
- 47 Kamphuisen, P W , NJB 1944, blz 68 e v
48. Hoog, L.V., NJB 1944, blz. 129
- 49 Van der Grinten, W C L , NJB 1944, blz 155
- 50 HR 19-11-1948, NJ 1949, 86
- 51 Zie hierover Beekhuis, J H., Preadvies NJV 1954, blz 251, Asser-Rutten II, blz 370, Hofmann-Abas, blz 224
- 52 Van Zeven, diss , blz 70
- 53 Beekhuis, J.H., Preadvies NJV 1954
- 54 Hofmann-Abas, blz. 156, Abas, diss , blz 69 en 70, anders Nieuwenhuis, diss , blz. 111.
- 55 Asser-Rutten II, blz 370 e v
- 56 Zie ook Houwings noot bij HR 19-11-1948, NJ 1949, 86
57. Suylung, 2e stuk, 1e gedeelte, blz 147
- 58 Van der Grinten, W C L , NJB 1944, blz 157
59. Berkhouwer, t a.p , blz. 86, 89 en 93
60. Ktg. Amsterdam 27-6-1931, NJ 1931, 1588.
61. Ktg. 's-Gravenhage 17-12-1937, NJ 1939, 232.
62. Rb. Amsterdam 12-1-1925, NJ 1925, 900.
- 63 Van Dunné, diss , blz 295
64. Berkhouwer, t.a p., blz. 89.
- 65 Van der Grinten, W C L , NJB 1944, blz 156
- 66 Zie over dit onderwerp Kortmann, S C J J , 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss Nijmegen, 1977
- 67 HR 3-5-1946, NJ 1946, 323 (Staat/Degens)
- 68 Zie HR 25-3-1966, NJ 1966, 279, AA XV, blz 381, (H.I.M./Moffenkitt), HR 2-2-1973, NJ 1973, 315, AA XXII, blz. 362, (Lekkende kruik)
- 69 HR 3-1-1964, NJ 1965, 16
- 70 HR 17-11-1967, NJ 1968, 42, AA XVII, 22
- 71 Zie noot van Scholten, G J , NJ 1965, 16

72. In zijn conclusie bij het Tante Bertha-arrest.
73. Scholten, G. J. , NJ 1968, 42.
74. Van der Grinten, W. C. L. , AA XVII, 22.
75. HR 24-5-1968, NJ 1968, 252, AA XVIII, 133.

IV. Het beginsel van iustum pretium en misbruik van omstandigheden

4.1. Omschrijving en afwijzing

Omnium consensu geldt de leer van het iustum pretium niet, zo schrijft Abas (1). Dit mag naar de huidige rechtsopvatting waar zijn, in het verleden is dit anders geweest.

Het iustum pretium-beginsel berust op de regel der vergeldende rechtvaardigheid (2). Het is ook bekend als het beginsel van de 'aequitas praestationis' of 'iustum contrapassum'. Via uiteenlopende redeneringen verdedigen voorstanders dat een zekere gelijkwaardigheid tussen de wederzijdse prestaties geboden is, wil de overeenkomst geldig zijn. Deze gedachte komt tot uiting in de *laesio enormis*, de *clausula rebus sic stantibus* en de *difficultas* (3). De twee laatste zijn in dit kader niet van belang. De *clausula rebus sic stantibus* ziet op een ongelijkwaardigheid van prestaties, eerst na de contractssluiting ontstaan, terwijl i.c. slechts feiten en omstandigheden die reeds ten tijde van de sluiting aanwezig waren, relevant zijn (4). Met Levenbach (5) en Kamphuisen (6) ben ik de mening toegedaan dat een later opkomende ongelijkwaardigheid van prestaties ten gevolge van veranderde omstandigheden inderdaad van invloed kan zijn op de verbindendheid van de overeenkomst. Deze opvatting behoeft niet noodzakelijkerwijs tot het iustum pretium-beginsel te worden herleid. De onbillijkheid van de situatie dat partijen gebonden zouden zijn aan iets dat ze niet voorzien hebben, is m.i. de rechtsgrond. Derhalve zou een beroep op een contractueel recht onder sterk gewijzigde omstandigheden in strijd met de goede trouw (art. 1374, derde lid BW) kunnen worden geacht. Van Nispen tot Sevenaer (7) komt echter tot de enigszins bevreemdende conclusie dat ingrijpen in een overeenkomst, wanneer de gelijkwaardigheid eerst later komt te ontbreken, minder dringend geboden is dan wanneer de gelijkwaardigheid reeds van meet af aan ontbreekt. Voor verdere kritiek op zijn opvatting, leze men het commentaar van Van Zeben (8).

Laten wij terugkeren tot de benadeling die reeds ten tijde van de contractssluiting aanwezig is.

In het Romeinse recht worden de eerste sporen van de *laesio enormis* aangetroffen. De verkoper kon de koopovereenkomst doen vernietigen, indien de koopprijs minder bedroeg dan de helft van de werkelijke waarde (9).

In de middeleeuwen en tot aan de Franse revolutie vierde de iustum pretium-regel hoogtij (10). Kamphuisen schrijft: 'Uit de algemeene

beginselen van het natuurrecht, zooals dat door de Kerkvaders geleerd werd, volgde, als verplichting van commutatieve gerechtigheid, voor partijen de plicht om bij het sluiten eener overeenkomst rekening te houden met den eis van het contrapassum, van de gelijkwaardigheid der wederzijdsche prestaties' (11).

De Franse revolutie verwerpt het *iustum pretium*-vereiste. Slechts inzake de verkoop van onroerend goed is in de C.c. de *laesio enormis* gehandhaafd. Daarbij bedenke men dat door de Franse schrijvers deze bepaling veelal vanuit de onvrije toestemming van de contractspartij wordt verklaard.

Ik meen te mogen stellen dat louter onevenredigheid van prestaties zonder dat sprake is van bijkomende omstandigheden, als grond voor vernietiging van rechtshandelingen in onze wetgeving nagenoeg geheel is verdwenen.

In de bepalingen waarin nog gerept wordt van benadeling, wordt of afwijzend geoordeeld, of de ratio van de vernietiging c.q. nietigheid is niet louter het bestaan van de benadeling, maar een daarmee samenhangend wilsgebrek.

Art. 1486 BW bepaalt dat slechts in de bijzondere gevallen bij de wet voorzien uit hoofde van benadeling vernietiging gevorderd kan worden. Een algemene *laesio enormis* kent ons recht niet. Welke zouden nu die bijzondere gevallen bij de wet voorzien, kunnen zijn?

Art. 1158, derde lid BW wordt veelal door voorstanders van het *iustum pretium*-beginsel aangehaald om aan te tonen dat onze wetgeving in bepaalde gevallen evenredigheid eist. De rechtsgrond van dit artikel is echter veronderstelde dwaling óf eventueel m.v.o. (12). Het Hof Arnhem (13) besliste dat wie willens en wetens de onderbedeling op zich heeft genomen, geen vernietiging kan vragen. Bovendien wijst Groeneboom (14) er op dat boedelscheiding een gedwongen rechtshandeling is: bij boedelscheiding bestaat er geen bezwaar tegen de benadelingsregeling, daar anders dan bij een consensuele overeenkomst niet de toestemming, maar de verplichting om de onverdeeldheid op te heffen, het wezenlijk element is.

Ook in art. 1672 BW (15) mag geen neerslag van het *iustum pretium*-beginsel worden gezien. De HR beschouwt m.v.o. als de grondslag van dit artikel. Evenzeer geldt dit voor verschillende bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst (artt. 1637 - 1639x BW) en voor art. 10, tweede lid Octrooiwet (16).

Art. 1099, tweede lid BW bepaalt dat degene wiens erfenis voor meer dan de helft is verminderd tengevolge van de ontdekking van een op het moment van aanvaarding onbekend testament, tegen deze aanvaarding kan onkomen. Wederom is niet de benadeling het vitium, maar een achterliggende dwaling (17).

Uit deze en andere artikelen (18) concludeer ik dat onze wetgeving het *iustum pretium*-beginsel in zijn zuivere vorm - d.w.z. louter de benadeling is de grondslag van de nietigheid - niet kent.

Ondanks het feit dat de wetgever weinig op schijnt te hebben met dit beginsel zijn er vooral in de eerste helft van deze eeuw

schrijvers geweest die het als één van de grondslagen van het contractenrecht beschouwen. Ik denk met name aan Kamphuisen (19), De Beneditty (20), Van Nispen tot Sevenaer (21) en Scholten (22).

Welke waren hun argumenten?

Kamphuisen is van mening dat een 'pretium' zich zonder bezwaar moet laten invoegen in een systeem dat verbruik, produktie en inkomensvorming een geregeld verloop doet nemen. Indien dat niet zo is, komt z.i. de overeenkomst in botsing met de praktische levens-eisen der samenleving en het is dan ook een ethisch postulaat, dat dergelijke contracten kunnen worden vernietigd. Van Zeben (23) wijst er m.i. terecht op dat het feitelijk gebeuren van het economisch leven niet bepalend is voor de rechtvaardigheid van een bepaalde prijs. Het zich zonder moeite laten invoegen in een bepaald economisch systeem betekent niet zonder meer dat het pretium iustum is. Zó zeer lijkt Kamphuisen zich vast te bijten in zijn theorie dat hij Levenbach (24) verwijt dat deze stelt dat we de gedachte aan het iustum pretium hebben laten varen, terwijl volgens Kamphuisen Levenbachs betoog niets anders is dan de uitwerking van een der consequenties van bedoelde leer.

Er dient evenwel onderscheid te worden gemaakt tussen de ongelijkwaardigheid ab initio en de later ontstane ongelijkwaardigheid. Levenbachs dissertatie betreft in feite het tweede onderwerp. De invloed van gewijzigde omstandigheden welke tot benadeling leiden, op de verbindendheid van de overeenkomst erkent hij. De laesio enormis die de onevenredigheid van prestaties ab initio betreft, wijst Levenbach daarentegen af.

In een later artikel (25) lijkt Kamphuisen enigszins op zijn schreden terug te keren. Hij benadrukt dat het om een extreme discrepantie moet gaan. Bovendien meent hij dat m.v.o. en iustum pretium dichtbij elkaar staan: ook voor m.v.o. wordt de eis van aanmerkelijk nadeel gesteld. Met de bepaling (oud!) van art. 3.2.10, lid 4 NBW dat bij onevenredig grote benadeling m.v.o. wordt vermoed, is Kamphuisen bereid zijn leer van het iustum pretium in te ruilen tegen m.v.o. Mijn bezwaar blijft dat Kamphuisen een m.i.verkeerd uitgangspunt gebruikt, nl. de door hem verfoeide onevenredigheid, om zich tot de m.v.o.-leer te bekeren.

De Beneditty (26) stelt twee stromingen tegenover elkaar: die der billijkheid, gelijkheid en het equivalent en die stroming die zich uit in adagia als 'een man een man, een woord een woord' en 'pacta sunt servanda'. De vergeldingsgedachte uit de eerste visie legt a priori de omvang van de contraprestatie vast, zo betoogt hij: grondslag van dit alles is dat men meer oog moet hebben voor de belangen van anderen. Volgens De Beneditty wordt de obligatio ex contractu minder bepaald door de wilsovereenstemming dan door hetgeen de meer sociaal ingestelde rechtsorde betamelijk acht. De gedachtengang van De Beneditty deel ik in een bepaald opzicht. De billijkheids- en gelijkheidsgedachte behoeven echter niet noodzakelijk te leiden tot de eis van een iustum pretium. Hetzelfde kan

bereikt worden door meer nadruk te leggen op de gelijkheid van partijen dan op die van prestaties. Bij een dergelijk uitgangspunt zou in tegenstelling tot de leer van De Beneditty de consensus bepalend blijven voor de gebondenheid van partijen. De waarde van de vrije consensus voor de contractsgebondenheid wordt daardoor juist beklemtoond.

Van Nispen tot Sevenaer (27) ziet de gelijkheid van alle mensen als grondslag van het *iustum pretium*-beginsel. Het recht van ieder gemeenschapslid op het nastreven van zijn persoonlijk levensdoel en diens daaruit voortvloeiende aanspraken op zijn deel in de goederen der gemeenschap brengt mee dat in een wederkerige overeenkomst gelijkheid moet bestaan tussen de prestaties. Indien Van Nispen tot Sevenaer de gelijkheid van mensen en de gelijkheid van hun aanspraken als uitgangspunt neemt, komt het juister voor om m.v.o. als ontstaansgebrek te erkennen dan uit te gaan van het vereiste van gelijkheid van prestaties. Dan behoeft men niet, zoals hij (28), te kiezen tussen contractsvrijheid en gerechtigheid. De keuze vóór gerechtigheid houdt dan automatisch contractsvrijheid in: de bescherming van de zwakkere (gerechtigheid) beschermt hem tegen een onvrije toestemming.

Evenals Kamphuisen vindt Van Nispen tot Sevenaer dat *iustum pretium* en m.v.o. aan elkaar grenzen. Het ligt volgens hem voor de hand dat waar de evenredigheid van prestaties ontbreekt, de vrijheid van het contracteren heeft ontbroken en indien men nu maar snel geneigd is die onvrijheid aan te nemen, leidt de moderne theorie (m.v.o.) toch tot een goede oplossing! Hij schijnt de onvrije toestemming als een lastige en overbodige voorwaarde te beschouwen, terwijl m.i. de onvrijheid van een contractspartij het eigenlijke vitium is en de benadeling c.q. de onevenredigheid slechts een gevolg daarvan. Van Nispen tot Sevenaer is de mening toegedaan, dat de voorwaarde van een onvrije toestemming niet gesteld mag worden: de vraag of in strijd met de rechtvaardige prijs is gecontracteerd, hangt niet af van de vrijheid van partijen maar van de onevenredigheid van prestaties.

Ook Scholten (29) verdedigt het *iustum pretium*-beginsel. Hij verstaat onder de 'causa' de economisch-maatschappelijke grondslag van de verbintenis en neemt in het geval van een veel te hoge of lage prijs een gebrek in de overeenkomst aan op grond van gebrek aan voldoende causa: de verbintenis is zonder oorzaak, schenking heeft dan ook geen causa. De geldigheid daarvan hangt alleen af van de liberale intentie. Art. 1672 BW wordt aangevoerd als argument voor zijn objectieve causaleer: indien een partij nimmer in de winst deelt, hebben de verbintenissen geen economisch-maatschappelijke grondslag.

Ik deel deze opvatting niet. Waarom dient een verbintenis een economisch-maatschappelijke grondslag te hebben in de enge zin, zoals door Scholten gebruikt? Mij wordt niet duidelijk waarom slechts overeenkomsten met gelijkwaardige prestaties zich in een

economisch-maatschappelijk stelsel laten inpassen.

Uit het voorgaande moge reeds gebleken zijn dat ik de iustum pretium-leer in haar meest enge vorm, dat wil zeggen zonder dat sprake behoeft te zijn van bijkomende omstandigheden, afwijs.

Ik zal trachten mijn bezwaren nader aan te geven:

1. Niet valt in te zien waarom benadeling op zichzelf een overeenkomst in de rechtsorde onaanvaardbaar zou maken. Ons recht staat overeenkomsten toe, waarin de ene partij eenzijdig wordt bevoordeeld en de ander eenzijdig benadeeld: schenking, bewaargeving en lastgeving om niet (30). Op zichzelf maakt de onevenredigheid van prestaties een contract niet ongeoorloofd. Een ieder is vrij zo duur mogelijk te verkopen of zo goedkoop mogelijk te kopen, anders konden de koopmansbeurzen wel sluiten (31). Buiten vrijgevigheid zijn er nog andere motieven denkbaar waarom beide partijen geheel vrijwillig in de overeenkomst hebben toegestemd. Benadeling kan samengaan met een wilsgebrek. Indien dat het geval is, maakt het wilsgebrek, niet de benadeling, de overeenkomst aantastbaar. Dit samengaan van wilsgebrek en benadeling wordt ook door de voorstanders van het iustum pretium-beginsel (32) geconstateerd. Zij gaan echter van het standpunt uit dat de onevenredigheid van prestaties en niet de onvrije toestemming de overeenkomst vitieert.

2. De iustum pretium-leer beperkt de contractsvrijheid aanzienlijk. Een overeenkomst waarin de prestaties in waarde verschillen, is niet toegestaan. Beperkingen van de contractsvrijheid komen vaker voor, maar dan met meer reden.

3. De zekerheid in het rechts- en handelsverkeer wordt door het beginsel bedreigd. Er zullen langdurige procedures over de juiste prijs moeten worden gevoerd. Men kan op het gegeven woord niet meer vertrouwen (33).

Veelal wordt in de iustum pretium-leer niet het vereiste van absolute gelijkwaardigheid gesteld, maar dat van de approximatieve equivalentie. Het zou niet eenvoudig zijn vast te stellen welke afwijking nog wel en welke niet meer geoorloofd is.

4. In de literatuur wordt meermalen gewezen op de bescherming die de leer van de rechtvaardige prijs biedt aan gemakzuchtige, luie en onverantwoordelijke mensen (34). Ik deel dit bezwaar: indien ik de keuze heb een fietsband te laten plakken bij de fietsenmaker op de hoek die zeer hoge prijzen berekent of bij zijn concurrent die weliswaar een eind verder woont, maar een zeer schappelijke prijs berekent, en ik kies uit gemakzucht voor de eerste mogelijkheid, dan zou het onaanvaardbaar zijn, indien ik de overeenkomst zou kunnen aantasten met een beroep op de ongelijkwaardigheid van prestaties.

5. De gelijkheid van alle mensen wordt meestal naar voren gebracht als grondslag van het iustum pretium-beginsel. Bij deze grondslag past het beter uit te gaan van een (on)gelijkheid van partijen, zoals bij m. v. o. gebeurt, dan van een (on)gelijkheid van

prestaties. Door de moderne schrijvers wordt het *iustum pretium*-beginsel vrijwel unaniem afgewezen (35).

Ook de HR oordeelt niet positief: . . . omdat het Hof niet is uitgegaan van het bestreden standpunt dat enkel reeds de inhoud der clause, waardoor de ene partij ten gevolge van een wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen met een ernstig nadeel wordt belast, op zichzelf voldoende zou zijn om deze clause in strijd met de goede zeden te verklaren (Bovag II) (36).

De lagere rechtspraak ontkent op een enkele uitzondering na het bestaan van het vereiste van evenredigheid van prestaties (37). Opvallend is wel dat de rechter soms een hint in de richting van m.v.o. geeft door te overwegen dat bijzondere of benarde omstandigheden niet gesteld zijn. In de zaken waarin enkel op grond van de wanverhouding een overeenkomst nietig wordt verklaard, is m.i. impliciet m.v.o. aanwezig (38).

Tot slot van deze paragraaf wijs ik op twee (ontwerp)wetsartikelen. In artikel 9 Tijdelijke wet huurkoop o.g. wordt aan de rechter de bevoegdheid gegeven de overeenkomst te wijzigen bij een geconstateerde wanverhouding tussen de wederzijdse verplichtingen. Deze formulering kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de *iustum pretium*-leer (39). Gelet op het vorenstaande zal het niet verbazen dat ik een artikel, waarin een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties centraal staat, weinig gelukkig acht. Juister acht ik dan ook het ontwerp-artikel 1577q, eerste lid, Wet Huurkoop o.g. (40): 'Levert de overeenkomst van huurkoop of enig daarbij gemaakt beding voor één der partijen een onevenredig groot nadeel op, dan kan de rechter de overeenkomst op vordering van die partij nietig verklaren of wijzigen, indien de eiser aantoonde dat de overeenkomst tot stand is gekomen door misbruik van omstandigheden'. Ook de Commissie Huurkoop o.g. (41) vindt deze regeling veel beter dan wat zij betitelt als de *iustum pretium*-regel van art. 9 Tijdelijke wet huurkoop o.g. Door deze formulering komt duidelijk naar voren dat niet de wanverhouding op zich, maar de relatie met het misbruik maken van omstandigheden relevant is.

Het andere artikel waarop ik doelde, is inmiddels geschrapt. In het ontwerp-Meijers en het oorspronkelijke Regeringsontwerp werd in art. 3.2.10, lid 4 bij onevenredig groot nadeel m.v.o. vermoed. Dit wettelijk vermoeden benadrukte te zeer de factor nadeel. Hoewel nadeel een onmisbaar element van m.v.o. is (42), dient daarop niet het accent te liggen. Te zeer zou dat herinneren aan het m.i. onjuiste uitgangspunt van de *iustum pretium*-leer, al onderken ik dat verdedigers van dit beginsel het als een ethisch postulaat ervaren. Uiteraard ligt het voor de hand dat onevenredig grote benadeling van een contractspartij een natuurlijk argwaan zal wekken en tot nader onderzoek van de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten, licht aanleiding geeft. Een wettelijk vermoeden van m.v.o. op grond van grove benadeling dat weerlegd moet worden, wijs ik evenwel af.

4.2. De samenhang tussen het iustum pretium-beginsel en misbruik van omstandigheden

In deze paragraaf zal ik trachten een antwoord te geven op de vraag naar de samenhang tussen het iustum pretium-vereiste en m.v.o. - voorzover althans van enig verband sprake is.

'M.v.o. heeft zich op basis van de oude iustum pretium-leer ontwikkeld vanuit de gedachte dat een overeenkomst in geval van ernstige financiële benadeling nietig behoort te zijn. Enkele benadeling werd niet voldoende geacht, de benadeling moest voortgesproten zijn uit m.v.o. Het zwaartepunt verplaatst zich naar het subjectieve element', aldus Hartkamp (43). Naar mijn mening is de opvatting dat m.v.o. historisch gezien vanuit de leer van de rechtvaardige prijs is ontstaan, inderdaad juist. Zowel uit de rechtsliteratuur als uit de jurisprudentie valt deze ontwikkeling af te leiden.

'Niet benadeling alleen, doch alleen benadeling in samenhang met m.v.o. dient overeenkomsten vernietigbaar te maken', zo schrijft Stein (44). En Suiling (45) merkt op: 'Het enkele feit dat een partij haar wederpartij te kort doet, oefent generlei invloed uit op de geldigheid van de overeenkomst. De verkeersmoraal veroordeelt echter het optreden van de contractant die misbruik maakt van de omstandigheid, dat zijn wederpartij ten gevolge van enigerlei oorzaak niet in staat is behoorlijk voor haar eigen belangen te waken'. In dezelfde zin oordelen Levenbach (46), Meijers (47), Van Zeben (48), Abas (49), Rutten (50) en Wuisman (51).

Allerwege wordt derhalve een verband tussen het iustum pretium-beginsel en m.v.o. geconstateerd. Vanuit historische optiek is m.v.o. inderdaad uit de iustum pretium-leer gegroeid. Deze leer is reeds van oudsher bekend. In de 19e en begin 20e eeuw stond men zowel in de literatuur als in de jurisprudentie afwijzend tegenover de toepassing ervan. Geleidelijk werd echter onderkend dat een onevenredige prijs niet zelden het gevolg is van m.v.o. Vanuit deze erkenning werd m.v.o. als vernietigingsgrond geaccepteerd. Hoe nauw het iustum pretium-vereiste en m.v.o. historisch wellicht samenhangen, m.i. vertonen beide leren (door Stein (52) de objectieve en de subjectieve leer der benadeling genoemd) in het huidige recht slechts weinig gemeenschappelijke trekken.

Ik wil daartoe een drietal overwegingen aanvoeren.

1. Het iustum pretium-beginsel gaat uit van de gelijkwaardigheid van wederzijdse prestaties. Dit brengt met zich mee dat de desbetreffende leer zich beperkt tot materiële (financiële) benadeling. Slechts deze vorm van benadeling maakt een overeenkomst aantastbaar (53). Ook de categorie rechtshandelingen waarop het beginsel betrekking heeft, is beperkt: alleen in overeenkomsten om baat kan sprake zijn van een onevenredigheid van prestaties.

Voor vernietiging van een rechtshandeling ten gevolge van m.v.o. is géén bepaalde vorm of mate van benadeling vereist (54). M.v.o. is niet alleen een vernietigingsgrond voor wederkerige

overeenkomsten, maar strekt zich ook tot andere rechtshandelingen uit (55).

2. In tegenstelling tot het *iustum pretium*-vereiste is voor een actie op grond van m.v.o. meer noodzakelijk dan louter benadeling. Wil een dergelijke actie toewijsbaar zijn, dan zal de benadeelde moeten kunnen aantonen dat zijn wederpartij misbruik maakte van de situatie, waarin de benadeelde ten tijde van de contractssluiting verkeerde. De factoren 'misbruik' en 'omstandigheden' zijn essentialia voor een m.v.o.-actie (56). Wij zien zelfs dat in de huidige literatuur meer aandacht bestaat voor die twee factoren dan voor de factor 'benadeling' (57). Hoewel ik benadeling een onmisbaar vereiste acht (58), kan deze, vooral indien de dwangpositie en/of het misbruik evident is, gering van omvang zijn.

In dat licht bezien hebben het *iustum pretium*-beginsel en m.v.o. weinig gemeen: bij het *iustum pretium*-beginsel ontbreekt, althans expliciet, de factor 'onvrije toestemming', in het geval van m.v.o. wordt de benadelingseis naar de achtergrond gedirigeerd.

3. M.v.o. is een andersoortig vitium dat een *iniustum pretium*. Zelfs al zou de leer van het *iustum pretium* in ons recht aanvaard worden, dan zou een *iniustum pretium* leiden tot een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak. De *iustum pretium*-eis is van objectieve aard: de overeenkomst is door haar inhoud in onze rechtsorde onaanvaardbaar (59).

De m.v.o.-leer ziet op bescherming van een bepaalde groep mensen, nl. diegenen die ten gevolge van m.v.o. onvrij toestemming geven. Het vitium is niet gelegen in de ongeoorloofde inhoud van de rechtshandeling, maar in de gebrekkige wil van de benadeelde.

- 1 Hofmann-Abas, blz 202
- 2 Asser-Rutten II, blz 35 en 36
3. Kamphuisen, WPNR 3314, blz. 274.
4. Zie over dit onderwerp o.a. Levenbach, diss.
- 5 Levenbach, diss , blz 246 e v
6. Kamphuisen, WPNR 3316, blz. 290.
- 7 Van Nispen tot Sevenaer, Themis 1937, blz 12
8. Van Zeben, diss , blz 4
9. Zie Kamphuisen, WPNR 3314, blz.274.
- 10 Zie Kamphuisen, WPNR 3314, blz.273 en 274, De Beneditty, N , WPNR 3446, blz. 18, Stein, diss., blz. 8, Asser-Rutten II, blz. 35 en 36.
- 11 Kamphuisen, WPNR 3314, blz. 273.
- 12 Zie over dit artikel uitgebreider par 1 2
- 13 Hof Arnhem 29-3-1960, NJ 1960, 518
- 14 Groeneboom, diss , blz 8 en blz 68
- 15 Zie par 1 9
- 16 Zie par 1 8
- 17 Zie Asser-Meijers-Van der Ploeg, blz. 255, Stein, diss., blz. 10.
- 18 Zie voor andere wetsartikelen en de interpretatie daarvan Van Zeben, diss , blz 10-20, Groeneboom, diss , blz 12
- 19 Kamphuisen, WPNR 3314, 3315 en 3316, WPNR 4668
- 20 De Beneditty, N., WPNR 3446 en 3447, WPNR 3380.
- 21 Van Nispen tot Sevenaer, Themis 1937, blz 1 e v
- 22 Scholten, diss , blz 187 en 188
- 23 Van Zeben, diss , blz 2
- 24 Levenbach, diss , blz 244
- 25 WPNR 4668, blz 433 e v (bespreking dissertatie Van Zeben)

26. WPNR 3446, blz. 18 e.v., WPNR 3447, blz. 33 e.v.
27. Van Nispen tot Sevenaer, Themis 1937, blz. 1 e.v.
28. Van Nispen tot Sevenaer, Themis 1937, blz. 1.
29. Scholten, diss., blz. 97 e.v.
30. Zie Hofmann-Abas, blz. 154; Meijers, E.M., onder HR 13-11-1936, NJ 1937, 433.
31. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 138.
32. Van Nispen tot Sevenaer, Themis 1937, blz. 16 en 17.
33. Zie Stein, diss., blz. 15; Van Zeben, diss., blz. 3; Asser-Rutten II, blz. 172.
34. Zie Van Zeben, diss., blz. 5; Stein, diss., blz. 16; Asser-Rutten II, blz. 35 en 36; Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 138. Zie ook Nieuwenhuis, diss., blz. 122.
35. Asser-Rutten II, blz. 35, 36 en 172; Hofmann-Abas, blz. 154 en 202; Stein, diss., blz. 8 e.v.; Van Zeben, diss., blz. 2 e.v.; Hartkamp, NJB 1972, blz. 379; Hijmans v.d. Bergh, L.J., preadvies NJV 1952, blz. 135; Van der Grinten, Donum Lustrale 1949, blz. 447; Nieuwenhuis, diss., blz. 122.
36. In dezelfde zin: HR 21-1-1926, NJ 1926, 445; HR 13-11-1936, NJ 1937, 433; HR 17-10-1969, NJ 1970, 146.
37. Hof Arnhem 1-11-1966, NJ 1967, 81; Rb. Haarlem 19-10-1926, NJ 1927, 301; Rb. Amsterdam 26-4-1940, NJ 1940, 1043; Pres. Rb. Almelo 26-3-1946, NJ 1947, 326; Rb. Arnhem 12-3-1953, NJ 1954, 70; Rb. Arnhem 23-6-1955, NJ 1956, 84; Hof 's-Hertogenbosch 20-6-1963, NJ 1964, 94.
38. Ktg. Gulpen 13-4-1932, NJ 1933, 1082; Rb. Utrecht 12-6-1974, NJ 1975, 506.
39. In die zin Hofmann-Abas, blz. 154.
40. In maart 1974 bood de commissie Stein de Minister een rapport over huurkoop van o.g. aan. Daarin was een ontwerp van wet opgenomen. Tot op heden is een Regeringsontwerp evenwel uitgebleven.
41. Rapport van de Commissie Huurkoop o.g. van de Koninklijke Notariële Broederschap, WPNR 5350, blz. 332.
42. Zie hoofdstuk zes.
43. Hartkamp, NJB 1972, blz. 379.
44. Stein, diss., blz. 13.
45. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, blz. 138.
46. Levenbach, diss., blz. 244.
47. Meijers, WPNR 3372, blz. 334.
48. Van Zeben, diss., blz. 6.

49. Hofmann-Abas, blz. 154 en 155.
50. Asser-Rutten II, blz. 35 en 36.
51. Kluwer Contractenrecht (Wuisman) deel III, no. 136.
52. Stein, diss., blz. 9.
53. Zie voor eenzelfde conclusie: Hartkamp, NJB 1972, blz. 379.
54. HR 29-5-1964, NJ 1965, 104 (Van Elmbt/Feierabend) en HR 13-6-1975, NJ 1976, 98 (Bluyssen/Kolhorn).
55. Zie par. 2.12.
56. Van Zeben, diss., blz. 9.
57. Zie Hartkamp, NJB 1972, blz. 379; Hofmann-Abas, blz. 158 t/m 163.
58. Zie hoofdstuk zes.
59. Kamphuisen, WPNR 3316, blz. 290.

V. Andere constructies dan de oorzaakconstructie

5.1. Misbruik van omstandigheden als vierde wilsgebrek

In de literatuur wordt veelal m.v.o. als vierde wilsgebrek beschouwd. Meijers merkte reeds in 1934 op: 'Inderdaad heeft men hier niet zo zeer met een onzedelijke oorzaak te doen, als wel met een vierden, algemeenen grond van vernietiging van rechtshandelingen wegens een wilsgebrek: naast dwaling, dwang en bedrog treedt onredelijke invloed, zich uitend in ernstige benadeling van de wederpartij' (1). En bij de behandeling in de Tweede Kamer (2): 'Het zijn omstandigheden, die van invloed zijn geweest op de wil, die beslissend is voor de geldigheid van de rechtshandeling. Het moeten omstandigheden zijn die een vrije wil, in ruime zin genomen, uitsluiten'.

Ondanks het feit dat het merendeel van de schrijvers m.v.o. als een vierde wilsgebrek beschouwt en de ongeoorloofde oorzaakconstructie van de HR slechts als noodoplossing accepteert (3), doet zich het verschijnsel voor, dat steeds opnieuw wordt gepoogd m.v.o. onder een van de in de wet geregelde ontstaansgebreken van een overeenkomst te brengen. Zo acht Stein (4) weliswaar 'undue influence' een zelfstandig wilsgebrek naast dwang, dwaling en bedrog, maar tracht het toch onder te brengen bij dwang en bedrog, tenminste zolang de regeling van het NBW niet in werking zal zijn getreden. Ook Eggens (5) en Van Brakel (6) zoeken aansluiting bij het wilsgebrek dwang.

Van Dunné (7) verwerpt het begrip wilsgebreken in zijn geheel. Z.i. is het uitgangspunt verlegd van de gebrekkig gevormde wil naar de onzorgvuldige gedraging van de wederpartij. Hij bepleit een vervanging van de klassieke trits wilsgebreken door 'misleiding' - hieronder valt dan dwaling en bedrog- en 'misbruik van omstandigheden' - hiertoe rekent hij dwang en m.v.o. De onzorgvuldige gedraging van de misbruiker wordt inderdaad steeds centraal gesteld (8). Deze gedraging die bestaat uit het ongeoorloofd gebruik van de situatie, leidt echter tot een beperking van de wilsvrijheid van de benadeelde. Dit wilsgebrek vormt het vitium, niet de onzorgvuldige gedraging.

Het onderbrengen van m.v.o. bij dwang of bij art. 1374, derde lid BW (9) komt in de volgende paragrafen aan de orde, terwijl de ongeoorloofde oorzaakconstructie reeds is besproken in par. 2.11. M.i. zijn deze constructies minder juist.

M.v.o. dient beschouwd te worden als een vierde wilsgebrek. Ik acht het niet wenselijk het begrip 'oorzaak' zo ruim uit te leggen dat ook de omstandigheden onder welke een overeenkomst is gesloten, daaronder vallen (10). Ook het onderbrengen van m.v.o. bij een van de drie in de wet geregelde wilsgebreken is geforceerd; hiertoe zouden dwang, dwaling en/of bedrog buiten hun algemeen aanvaarde grenzen moeten worden uitgebreid (11).

De conclusie kan slechts getrokken worden dat m.v.o. zodanige eigen kenmerken bezit, dat het als zelfstandig wilsgebrek moet worden aangemerkt. Wilsgebrek, daar evenals bij de klassieke wilsgebreken, de toestemming onvrij tot stand komt, nl. onder invloed van een vrijheidsbeperkende factor. Zelfstandig, daar deze factor een andere is dan bij dwang, dwaling of bedrog.

Terecht wijzen Hartkamp (12) en Abas (13) er op dat het terugdringen van het nadeelvereiste het karakter van wilsgebrek in m.v.o. versterkt. Niet de nadelige inhoud van de overeenkomst maakt haar ongeoorloofd, maar de onvrije wil van de 'misbruikte'.

Het belangrijkste argument tegen de visie waarin m.v.o. als vierde wilsgebrek wordt beschouwd, lijkt te zijn gelegen in de algemeen gehuldigde opvatting dat de wilsgebreken in ons huidige BW limitatief geregeld zijn. De rechter mist, naar wordt gesteld, de bevoegdheid buiten de wet om nieuwe wilsgebreken te scheppen (14). Ik ben echter van mening dat geaccepteerd dient te worden dat er zich ten aanzien van m.v.o. een leemte in de wet voordoet. Het is verklaarbaar dat de gedachte aan m.v.o. als apart wilsgebrek niet bij de 19e eeuwse wetgever is opgekomen. Ter opvulling van deze leemte mag m.i., nu het NBW expliciet m.v.o. als vierde wilsgebrek regelt, worden vooruitgelopen op het komende recht en aldus anticiperend te werk worden gegaan. Uiteraard dient men slechts voorzichtig de wilsgebreken buiten de wet om uit te breiden, maar nu toch vrij algemeen m.v.o. als in wezen een wilsgebrek wordt beschouwd en het vitium ook als zodanig in het NBW wordt neergelegd, is er een rechtvaardiging om daarop reeds nu vooruit te grijpen. Ondanks de aarzeling die ook ik gevoel om de wilsgebreken buiten de wet om uit te breiden, komt mij dit juist voor dan de enigszins geforceerde tegenstelling die veelal in de literatuur wordt aangetroffen: m.v.o. is in wezen een vierde wilsgebrek maar onder het huidige recht dient aangeknoot te worden bij de oorzaak-constructie.

Ook Pitlo schijnt in deze richting te tenderen, wanneer hij schrijft: m.v.o. is een gebrek in de toestemming, de overeenkomst heeft niet op zichzelf een ongeoorloofd karakter (15). Nieuwenhuis merkt op: 'Hoewel de HR formeel nog de weg van het oorzaak-vereiste bewandelt, is m.v.o. materieel nauw verwant met de klassieke wilsgebreken (16).

Het zou juist zijn geweest indien de HR van aanvang af voor de constructie van een vierde wilsgebrek had gekozen. Een omgaan van de HR, zo relatief kort voor de invoering van boek 3 NBW kan

echter nauwelijks meer worden verwacht (17). Uit het bovenstaande betoog moge blijken dat ik met de keuze van het NBW voor de wilsgebrek -constructie volledig instem (18).

5.2. Zijn de klassieke wilsgebreken niet toereikend?

Zoals reeds in de vorige paragraaf uiteengezet is, acht ik de wilsgebrek-constructie de meest verkieslijke voor m.v.o.

In dit verband kan de vraag rijzen of het wel noodzakelijk is, dat het NBW bepalingen aan een nieuw, vierde wilsgebrek wijdt. Is het niet mogelijk de gevallen waarin de ene contractspartij misbruik maakt van omstandigheden waarin zijn wederpartij verkeert, onder te brengen bij dwang, dwaling dan wel bedrog?

Het is niet eenvoudig deze vraag voetstoots te beantwoorden, daar bedacht dient te worden dat m.v.o. een verzamelnaam is voor diverse categorieën casusposities. De categorieën 'misbruik van noodtoestand', 'misbruik van economisch overwicht' en 'misbruik van geestelijk overwicht' zijn geënt op uiteenlopende feitencomplexen (19). Het lijkt niet mogelijk de drie categorieën als één geheel bij één van de drie, in het huidige BW geregelde, wilsgebreken onder te brengen.

Kunnen bepaalde gevallen van m.v.o. bij dwaling (20) worden ingedeeld? Hoewel in de literatuur een actie uit dwang of bedrog voor m.v.o. weleens in overweging wordt genomen, denkt men daarentegen in het algemeen slechts zelden aan de dwalingsactie. Een uitzondering vormt Van Zeben (21).

Van dwaling is sprake, indien een contractspartij zijn toestemming heeft gegeven op grond van een onjuiste voorstelling van zaken (22). Er bestaat wél wilsovereenstemming, maar één van beide partijen (of bij wederzijdse dwaling beide) heeft zijn wil gevormd op grond van een onjuist inzicht in datgene wat voor hem de reden vormde om de overeenkomst te sluiten. Er is nauwelijks een geval van m.v.o. onder het begrip dwaling te brengen. Veelal heeft de benadeelde partij bepaald wel een juiste voorstelling van zaken. Hij heeft een juist inzicht in de essentie van de onereuze overeenkomst c.q. het onereuze beding, doch verkiest desondanks, onder druk van de omstandigheden, te contracteren. Met name in het geval van misbruik van economisch overwicht of noodtoestand is geen sprake van dwaling (23).

Anders zou geoordeeld kunnen worden bij misbruik van geestelijk overwicht, in het bijzonder bij misbruik van onkunde, onervarenheid en/of lichtzinnigheid. Daarbij is denkbaar dat de benadeelde een onjuiste voorstelling heeft. Dit betekent niet dat elk geval van misbruik van geestelijk overwicht zonder meer met een dwalingsactie is op te lossen. Eerstens heeft de benadeelde veelal een onduidelijk inzicht in het contract (zoals bijv. in het Bierbrouwerijarrest (24)) en niet een bepaalde onjuist inzicht.

De casuspositie van Van Elmbt/Feierabend (25) bevat echter enige elementen van dwaling. Mevrouw Feierabend verkeerde in de veronderstelling dat Van Elmbt de enige was die voor haar haar woning kon behouden. Het behoud daarvan was voor haar essentieel en daarmee de eigenlijke reden tot contracteren. Het is waarschijnlijk dat zij niet gecontracteerd zou hebben, indien zij geweten had dat ze haar huis uiteindelijk toch zou moeten afstaan. In zoverre lijkt dit arrest op het Schoonmoederarrest (26). Te verdedigen valt dat ook in het Van Elmbt/Feierabend-arrest is voldaan aan de eis dat de dwaling de zelfstandigheid van de zaak betreft. Juist deze eis zal veelal een struikelblok zijn om gevallen van misbruik van geestelijk overwicht onder te brengen bij dwaling (27). En zelfs al is aan dat vereiste voldaan, dan doemen weer andere problemen op. Dwaling is het enige wilsgebrek, waarbij van een laakbare handeling van de wederpartij geen sprake behoeft te zijn (28). Dit brengt met zich mee dat de wederpartij door het recht wordt beschermd: de dwaling dient verschoonbaar te zijn en mag geen verwachting omtrent de toekomst betreffen. Een actie uit dwaling bij misbruik van geestelijk overwicht zal vaak op deze laatste twee vereisten stranden.

De conclusie moet worden getrokken dat m.v.o. zelden onder het wilsgebrek dwaling te brengen is. Indien een bepaald feitencomplex op de grens van misbruik van geestelijk overwicht en dwaling ligt, kan men voor twee ankers gaan liggen; een alles omvattende oplossing is art. 1358 BW echter niet.

Ook het wilsgebrek 'bedrog' schiet tekort. Interessant is wel het gegeven dat in Engeland undue influence aanvankelijk onder 'fraud' (bedrog) werd gerangschikt (29). Zolang echter in het Nederlandse recht voor een actie uit bedrog opzettelijke misleiding wordt vereist, is m.v.o. slechts op geforceerde wijze daarbij onder te brengen. Terecht stelt Van Zeben (30) dat men het begrip 'kunstgrepen' wel erg ver uitrekt, indien daaronder ook onbehoorlijke beïnvloeding wordt begrepen. Ook sinds de ruimere opvatting van de HR in Beukinga/Van der Linden (31) lijkt dit toch te ver gaan.

Alhoewel ook Stein (32) bezwaren heeft tegen het indelen van misbruik van geestelijk overwicht bij bedrog, geeft hij voor het huidige recht toch de voorkeur aan aansluiting bij de wilsgebreken bedrog en dwang boven de ongeoorloofde oorzaak-constructie.

De vraag in hoeverre in een geval van m.v.o. met een actie uit dwang geageerd zou kunnen worden, wordt in de volgende paragraaf aan de orde gesteld, daar deze mogelijkheid in de literatuur zo veelvuldig wordt geopperd, dat een aparte paragraaf dienaangaande op zijn plaats lijkt (33).

Onder verwijzing naar bovenstaand betoog mag de conclusie worden getrokken dat de wilsgebreken dwaling en bedrog gevallen van m.v.o. niet, althans niet geheel, kunnen omvatten.

5.3. Misbruik van omstandigheden onder te brengen bij dwang?

Art. 1359 BW bepaalt dat geweld, gepleegd tegen degene die de verbintenis heeft aangegaan, grond oplevert tot nietigheid van de overeenkomst, ook dan wanneer het wordt gepleegd door een derde (niet-contractspartij). Er is slechts sprake van geweld, indien het van zodanige aard is dat het op een redelijk mens indruk maakt en wanneer het hem de vrees kan inboezemen dat hij zijn persoon of zijn vermogen aan aanmerkelijk en dadelijk aanwezig nadeel zou blootstellen (art. 1360 BW). Geweld wordt ook wel als 'dwang' aangeduid of (in het NBW) als 'bedreiging' (34). Geweld lijkt een minder geschikte benaming, daar dit te zeer fysiek geweld suggereert. De term 'dwang' wijst op de wilsonvrijheid die het contract aantastbaar maakt (35). 'Bedreiging' drukt de ongeoorloofde pressie duidelijk uit. De dwang behoeft niet van fysieke aard te zijn (gevaar voor lijf en leven), maar kan ook betrekking hebben op eer, vrijheid of vermogen. In de literatuur worden onder meer genoemd: bedreiging met een economische boycot, gevangenisstraf, eerroof, zaaksvernietiging, brandstichting, etc. (36).

M.v.o. en dwang kunnen aan elkaar grenzen. Deze constatering geldt zeker niet voor alle gevallen van m.v.o., maar met name wél voor misbruik van noodtoestand (37). Bij beide geeft een contractspartij onder druk zijn toestemming. Zijn wil is onvrij gevormd. Hij besluit tot contracteren om groter nadeel te vermijden. (38).

Hoe verwant in sommige gevallen beide vitia zijn, kan blijken uit het feit dat chantagезaken zich bij beide laten indelen. Zo noemt Asser-Rutten (39) chantage als voorbeeld van 'dwang', terwijl Wuisman (40) chantage tot m.v.o. rekent. Ook het Antilliaanse fraude-arrest (41) geeft van deze verwantschap blijk. Dit arrest wordt in het algemeen bij m.v.o. ondergebracht. In eerste instantie (42) werd het verweer echter als een beroep op dwang opgevat. Deze opvatting werd door het Hof terzijde geschoven, hoewel de interpretatie van de rechter in eerste aanleg begrijpelijk is. Verdedigbaar is, dat X is bedreigd met eerroof en eventueel zelfs economische schade (schade aan zijn zakenreputatie). Bij 'dwang' is het uitgangspunt een 'normale' situatie, die plotseling wordt verstoord, doordat iemand met aanmerkelijk nadeel dreigt en aldus een ander tot een overeenkomst dwingt, terwijl er bij m.v.o. van meet af aan een gevaarssituatie, abnormale omstandigheden aanwezig zijn, waarop de misbruiker 'handig' inspeelt (43). In de situatie van het Antilliaanse fraude-arrest zou gesteld kunnen worden dat het gevaar voor X pas ontstaat door de dreiging van CCC en niet reeds door de omstandigheden op zichzelf. Met deze gedachtengang is overigens niet bedoeld aan te geven, dat een beroep op 'dwang' - anders dan een beroep op m.v.o. - wel tot succes voor

X zou hebben geleid. De dwang moet immers ongeoorloofd geweest zijn, d.w.z. er moet een ongeoorloofd middel dan wel een op zichzelf geoorloofd middel ter bereiking van een ongeoorloofd doel gebruikt zijn (44). Nu de HR heeft beslist dat er geen sprake was van m.v.o., daar CCC niet meer had bedongen dan waar zij recht op had, is waarschijnlijk dat ook een beroep op dwang niet geslaagd zou zijn (45).

Niet geheel ten onrechte stelt Eggens, dat misbruik van noodtoestand veel gelijkenis vertoont met geweld, gepleegd door een derde. In beide gevallen dreigt er gevaar voor persoon of vermogen en de wederpartij profiteert daarvan (46). De traditionele opvatting eist dat de dwang wordt uitgeoefend door een mens. De wettekst van de artt. 1359-1362 BW eist dit echter niet woordelijk. Eggens pleit voor aansluiting van m.v.o. bij dwang op grond van twee argumenten: zowel bij dwang als bij m.v.o. is er sprake van bedreiging en voorts zijn de gedragingen van de 'misbruiker' en de 'bedreiger' even laakbaar. Het betoog van Eggens heeft een lange nasleep gehad. Van Eupen bekritiseert in het WPNR (47) de opvattingen van Eggens die aan deze kritiek op zijn beurt een onderschrift toevoegt. In WPNR 4739 (48) vliegen de heren elkaar voor de laatste maal in de haren. De discussie is eer vermakelijk dan verdienstelijk te noemen.

Scholten (49) eist voor m.v.o. ernstig, objectief nadeel. Op die grond verwijst hij alle gevallen van subjectief nadeel naar 'dwang', zonder verdere motivering. Dit lijkt een weinig praktische oplossing. Subjectief nadeel doet zich veelal bij misbruik van geestelijk overwicht voor en juist die categorie laat zich bezwaarlijk bij dwang onderbrengen.

Liggen m.v.o. en dwang nu inderdaad zo zeer in elkaars verlengde - zoals o.a. Eggens van mening is - dat aan een apart wilsgebrek m.v.o. geen behoefte bestaat? Deze vraag dient m.i. ontkennend te worden beantwoord. Ondanks enkele gelijkenissen tussen beide bestaan er toch essentiële verschillen.

Eerstens kan gewezen worden op het feit dat voor dwang geen benadelingsvereiste bestaat, terwijl dit bij m.v.o. wel het geval is (50). In de literatuur wordt er voorts van verschillende zijden op gewezen, dat men het klassieke begrip dwang wel erg ver moet uitrekken, wil men er m.v.o. onder kunnen brengen (51). De traditionele opvatting van geweld in de artt. 1359 en 1360 BW veronderstelt geweld, gepleegd door een mens. Het is de contractspartij (of een derde) die dreigt met aanmerkelijk nadeel voor persoon of vermogen. De wederpartij contracteert om dit gevaar te voorkomen. Vanuit een oorspronkelijk 'normale' situatie wordt een gevaarstoestand veroorzaakt om een overeenkomst af te dwingen. De uitgangssituatie bij misbruik van noodtoestand is van een andere aard: er bestond reeds van meet af aan een gevaarlijke situatie. De misbruiker creëert het gevaar niet, maar maakt er ongeoorloofd gebruik van. Bij dwang wilde de bedreigde oor-

spronkelijk in het geheel niet contracteren, bij m.v.o. vaak wel, maar op andere voorwaarden. De gedachte dat geweld zoals omschreven in de artt. 1359 en 1360 BW door een mens gepleegd dient te worden, is het overwegende bezwaar van veel schrijvers tegen het onderbrengen van m.v.o. bij dwang.

Stein (52) signaleert nog een ander bezwaar: rechtsonzekerheid indien het begrip dwang te ver wordt uitgerekt. 'Immers alle overeenkomsten worden in zekere mate onder de invloed van dwang gesloten in die zin, dat het sluiten van een nadelige overeenkomst telkens het minst nadelige alternatief is'. Mijns inziens moet dit argument niet te zwaar wegen. Er is slechts sprake van dwang, indien hetzij het middel hetzij het doel ongeoorloofd is. Dat het contract, zoals zo vele (53), niet geheel vrij tot stand is gekomen, is niet doorslaggevend; noodzakelijk voor een beroep op dwang c.q. m.v.o. is daarenboven dat een contractspartij door zich onbehoorlijk te gedragen deze onvrijheid veroorzaakt c.q. misbruikt heeft.

Een laatste bezwaar tegen het hanteren van de dwangconstructie is dat misbruik van geestelijk overwicht zich bezwaarlijk bij dwang laat onderbrengen (54). Misbruik van noodtoestand gelijkt op dwang: in beide gevallen is er sprake van een gevaar dat dwingt tot contracteren. Bij misbruik van geestelijk overwicht spelen andere factoren een rol. Abas haalt een voorbeeld aan van geestelijk overwicht, door Van der Grinten (55) gegeven. Dit voorbeeld is inderdaad slechts geforceerd onder dwang te brengen, daar geen sprake is van bedreiging met een gevaar.

Hondius (56) keert de idee om en tracht dwang bij m.v.o. onder te brengen. Voor dit streven valt wat te zeggen: te verdedigen is dat er bij dwang misbruik wordt gemaakt van omstandigheden die de contractspartij dan wel een derde zelf heeft veroorzaakt. De elementen 'omstandigheden' en 'misbruik' zijn aanwezig, zodat dwang als apart wilsgebrek zou kunnen vervallen. Toch komt het mij wenselijk voor 'dwang' wél als zelfstandig wilsgebrek te handhaven. Het is voor de 'gebrekkige toestemmer' eenvoudiger, indien het gevaar voor persoon of vermogen in het leven is geroepen door zijn wederpartij of een derde, uit dwang te ageren dan uit m.v.o., met name daar hij voor een actie uit dwang geen enkele vorm of mate van benadeling behoeft aan te tonen.

5.4. Benadelende bedingen en contractsuitleg

M.v.o. kan voorkomen in de relatie ondernemer-consument (57). De ondernemer heeft vaak een economisch overwicht op zijn cliënt. Met name voor de ondernemer in een monopoliepositie bestaat de mogelijkheid ernstig bezwarende bedingen aan zijn cliënt op te leggen. De laatste is genoodzaakt die bedingen te accepteren, wil

hij de gewenste prestatie verkrijgen. Indien benadelende bedingen niet gerechtvaardigd worden door een redelijk belang van de ondernemer, kan er sprake zijn van misbruik van economisch overwicht (58).

De hier bedoelde bedingen - ik denk aan exoneratieclausules, vrijwaringsbedingen etc. - hebben veelal de vorm van standaardvoorwaarden (59).

Hondius (60) definieert dit begrip als volgt: 'Schriftelijke conceptbedingen, welke zijn opgesteld om zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud te worden opgenomen in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard'.

Standaardclausules worden door één groep belanghebbenden eenzijdig opgelegd aan degenen die van hun diensten gebruik maken (61). Juist de eenzijdige vaststelling van de clausules kan misbruik tegenover de zwakkere partij in de hand werken. In het licht van de huidige jurisprudentie kan onder omstandigheden een dergelijk beding nietig worden geacht wegens strijd met de goede zeden op grond van m.v.o. Daartoe zullen misbruik, benadeling en economisch overwicht moeten worden aangetoond.

Wellicht is echter het beding ook om een andere reden niet verbindend. Vooraf aan de vraag of een beding een geoorloofde oorzaak heeft, gaat de vraag of dat beding wel onderdeel van de overeenkomst uitmaakt.

In verschillende arresten (62) over m.v.o. gaat het om twee afzonderlijke rechtsvragen:

- 1) maakt het litigieuze beding onderdeel van het contract uit?
- 2) zo ja, is dit beding wellicht in strijd met de goede zeden in verband met m.v.o.?

In de Bovag II-procedure achtte de Rb. niet voldoende bewezen dat de clauseule onderdeel van het contract was. Op dit punt werd door het Hof en de HR niet verder ingegaan. Het Hof verklaarde de clauseule in strijd met de goede zeden wegens m.v.o., daarmee de tweede vraag beantwoordend. Toch keert het probleem later weer terug: na verwijzing door de HR naar het Hof 's-Hertogenbosch (63) dat de vrijwaringsclauseule als bestendig gebruikelijk beding onderdeel van de overeenkomst acht, beslist de HR (64), voor de tweede maal in cassatie, dat zulk een beding slechts begrepen is in het contract, als de klant weet of kan weten dat de ondernemer tot de kring behoort, waarin bedoeld beding pleegt te worden gemaakt, en daardoor op de gelding daarvan bedacht kan zijn.

M.i. kan een bepaalde groep gevallen van m.v.o. opgelost worden door middel van de constatering, dat het bezwarende beding geen deel uitmaakt van het contract. Deze constructie biedt de wederpartij het voordeel dat haar bewijslast lichter is.

Bezwarende bedingen in standaardvoorwaarden zijn in praktijk vaak niet bekend aan de cliënt (65). Een verklaring hiervoor kan zijn dat deze standaardvoorwaarden soms onduidelijk worden vermeld (de beruchte kleine lettertjes) of dat er slechts naar voorwaarden

wordt verwezen die gedeponereerd zijn bij de griffie van een Rechtbank of bij een Kamer van Koophandel. Is de cliënt in zulke gevallen gebonden aan deze voorwaarden? Het staat m.i. vast dat hij ze in praktijk veelal niet of nauwelijks kent. Kan dan gesteld worden dat hij er mee heeft ingestemd, óf ontbreekt de toestemming? Het merendeel van de schrijvers (66) neemt aan dat er toestemming is. De zgn. wilsonderwerpsleer wordt gehanteerd: de ondertekenaar heeft zich willens en wetens aan de bepalingen onderworpen, hoewel hij de inhoud niet kende.

Stein (67) acht het weliswaar niet mogelijk dat men iets wil wat men niet kent, maar houdt de ondertekenaar desalniettemin voor gebonden, en wel om twee praktische redenen: 1) anders zou degene die de bedingen wel gelezen/opgezocht had, slechter af zijn; 2) het rechtsverkeer zou een chaos worden. Een voorwaarde voor gebondenheid is z.i. wel, dat de overeenkomst een duidelijke verwijzing bevat en dat kennisneming redelijkerwijs mogelijk was (68). Hij beantwoordt echter niet de belangrijkste vraag, wanneer men kennisneming nog redelijkerwijs mogelijk acht.

De rechtspraak is weinig geneigd om non-consensus aan te nemen, indien een beroep wordt gedaan op het niet kennen van een clause (69). Een opvallende uitzondering hierop vormt een uitspraak van het Ktg. Amsterdam (70), waarin ondanks ondertekening geen wilsovereenstemming werd aangenomen, daar algemeen bekend is dat advertentieovereenkomsten niet worden gelezen. Deze uitspraak doet echter de rechtbank wakker schrikken, aldus Hondius (71).

Hondius zelf hanteert een soort tussenopvatting: hij lengt de visie van Zeylemaker aan met het vertrouwensmotief, hetgeen erin resulteert dat gebruikelijke condities binden, ongebruikelijke slechts indien en voorzover men ze heeft kunnen lezen, er uitdrukkelijk op gewezen is en van de strekking ervan is doordrongen (72).

Het CBR-arrest (73) kan als voorbeeld dienen van de visie van de rechtspraak terzake. In casu betrof het een clause waarbij het CBR vrijwaring bedong van de examinandus voor wat betreft de aansprakelijkheid jegens derden. Als op zeker moment een examinandus op het rijexamen een ongeluk veroorzaakt, eist de verzekeraar van de auto, gesubrogeerd in de rechten van de eigenaar, schadevergoeding van het CBR. Het CBR roept de examinandus in vrijwaring. Twee rechtsvragen spelen wederom een rol: 1) maakt de clause onderdeel van de overeenkomst uit? en 2) is de clause in strijd met de goede zeden in verband met m.v.o.?

Het Hof acht het vrijwaringsbeding voldoende gepubliceerd (derhalve onderdeel van de overeenkomst), daar het is afgedrukt in het zgn. theorieboekje. Tevens wordt op het aanvraagformulier voor het rijexamen verwezen naar de desbetreffende voorwaarden die gedeponereerd zijn bij de Kamer van Koophandel te 's-Gravenhage. Anders dan het Hof ben ik van mening dat i.c. niet in het beding is ingestemd. M.i. is er geen toestemming, derhalve geen gebondenheid, indien men het beding niet redelijkerwijs kan kennen. De

twee argumenten van het CBR zijn niet overtuigend: het theorieboekje van het CBR wordt niet algemeen gebruikt; inzage bij de Kamer van Koophandel kan niet van iedere individuele examenkandidaat worden gevraagd.

M. i. kan men slechts aan standaardvoorwaarden gebonden zijn, indien deze gebruikelijk zijn en algemeen bekend aan het publiek (men dient voorzichtig te zijn met de veronderstelling dat dit zo is) óf indien er uitdrukkelijk op wordt gewezen.

Meer dan de aarzelande benadering die men zo vaak in de literatuur en de jurisprudentie aantreft, spreekt mij een wat meer stellige als die van Kortmann (74) aan: aan de toestemming moet soms worden getwijfeld, hetzij door de snelheid, waarmee het contract wordt afgesloten, hetzij door een min of meer opzettelijke verzwijging van de clause, een onleesbare of bedekte vermelding, dan wel een te indirecte wijze van bekendmaking van de clause.

Verheugend is ook een recent arrest van de HR (75): de stelling dat de verwijzing naar standaardvoorwaarden op het papier, waarop de overeenkomst is neergelegd, die voorwaarden toepasselijk maakt, tenzij ze uitdrukkelijk zijn uitgesloten, vindt geen steun in ons recht. De wijze van totstandkoming van het contract moet nader worden onderzocht. Scholten ziet in dit arrest een rem tegen te gemakkelijk opdringen, te gemakkelijk aannemen van stilzwijgende instemming. Voor het eerst geeft de HR een richtlijn over de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden. De kernvraag is: mocht Jansen, gelet op alle omstandigheden bij en voor het sluiten van de overeenkomst, aannemen dat Towel geen bezwaar had tegen de toepasselijkheid ?(76).

Mijn conclusie is, dat niet te snel instemming met standaardvoorwaarden moet worden aangenomen. Indien niet evident is, dat de cliënt op de hoogte was of kon zijn van inhoud en betekenis van het beding, dan maakt het beding géén deel uit van het contract. Een eis die aan de oplegger van de standaardvoorwaarden gesteld mag worden, is die der zorgvuldigheid, i. c. een behoorlijk mededelen van alle condities. Vat men de toestemming in standaardvoorwaarden in deze zin op, dan zullen bepaalde gevallen waarin m. v. o. een rol speelt op deze wijze tot een oplossing kunnen worden gebracht.

5.5. De derogerende werking van de goede trouw De HBU - constructie

Verscheidene schrijvers, onder wie Hondius, Abas en Nagelkerke (77), zijn voorstanders van de toepassing van de HBU-criteria (78) op gevallen van m. v. o.

In de visie van Abas wordt m. v. o. geregeerd door de goede trouw. De goede trouw gaat ook de totstandkoming van de overeenkomst beheersen: er is sprake van een vervaging van het verschil tussen

de rechtsregimes die gelden bij de totstandkoming en bij de uitvoering van een contract (79). Ter staving van zijn betoog maakt hij voornamelijk gebruik van overwegingen uit het HBU/Saladinarrest, het Bierafnamebedingarrest (80) en het Vogelpestarrest (81). In het HBU-arrest was de vraag naar de geldigheid van een exonerationeclausule aan de orde. Een cliënt gaat op het beleggingsadvies van zijn bank af en lijdt ten gevolge daarvan zware verliezen. Als hij de bank voor de schade aansprakelijk stelt, beroept deze zich op een exonerationeclausule waarin alle aansprakelijkheid voor de gegeven adviezen wordt uitgesloten. Tweé cassatiemiddelen worden door Saladin aangevoerd:

- 1) de clausule is in strijd met de goede zeden.
- 2) een beroep op de clausule is in strijd met de goede trouw.

De HR komt tot de belangwekkende uitspraak dat het antwoord op de vraag of het beroep op het beding al dan niet mogelijk is, afhankelijk is van tal van omstandigheden zoals de zwaarte van de schuld mede i. v. m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest.

In het Vogelpestarrest is eenzelfde soort gedachte ontwikkeld: daar werden de zwaarte van de schuld, de aard en de ernst van de voorzienbare schade en de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, van belang geacht.

Abas meent te constateren dat het Hof Amsterdam in het Bierafnamebedingarrest (een geval van m. v. o.) de HBU-criteria toepast. Hij concludeert hieruit: De HR kent de goede trouw een rol toe bij de totstandkoming van het contract; m. v. o. wordt door de goede trouw-constructie beheerst: de grenserving zet zich voort; de billijkheid wraakt de overeenkomst die onder invloed van m. v. o. is gesloten.

In dezelfde richting schijnt Nagelkerke te denken. Hij betwijfelt of er wel behoefte is aan een apart wilsgebrek m. v. o. De HBU-criteria slokken z. i. m. v. o. op: in alle bekende arresten over m. v. o. kunnen ook de HBU-criteria worden toegepast en dit zou zelfs tot betere resultaten leiden (82). Aan het slot van zijn artikel keert Nagelkerke enigszins op zijn schreden terug: m. v. o. zou als zelfstandig leerstuk toch wel eens betekenis kunnen hebben. Hij komt vooral naar aanleiding van het Antilliaanse fraude-arrest - waarin het niet om een enkele clausule ging, maar de geldigheid van de gehele overeenkomst aangevochten werd - tot deze ommezwaai.

Ook Hondius (83) brengt m. v. o. onder de werkingssfeer van de goede trouw. Hij staat een toetsing in twee fasen voor: eerst dient de rechter te beoordelen of een clausule in zijn algemeenheid niet in strijd is met de goede trouw en vervolgens of in het concrete geval een beroep op de clausule niet in strijd komt met de goede

trouw.

Ik deel de visies van Abas, Hondius en Nagelkerke niet. Ten onrechte wordt de grens tussen de totstandkomingsfase en de uitvoeringsfase van een overeenkomst vervaagd. Inderdaad moet worden erkend dat de goede trouw ook bij de totstandkoming van de overeenkomst een rol speelt. Het vereiste van een geoorloofde oorzaak en de regeling van de wilsgebreken houden onder meer verband met billijkheidsoverwegingen. De wetgever heeft deze echter niet onbegrensd gelaten, maar in een aantal concrete ontstaansgebreken vastgelegd, daar naar een evenwicht moet worden gestreefd tussen hetgeen enerzijds de billijkheid verlangt en anderzijds de rechtszekerheid voor wat betreft de betrouwbaarheid van het eenmaal gegeven woord vereist.

M.i. dienen twee vragen duidelijk te worden onderscheiden:

- 1) is het contract of de contractsclausule in zijn algemeenheid geldig? Deze vraag moet ontkennend beantwoord worden, indien de overeenkomst gebrekkig tot stand is gekomen.
- 2) is, ondanks het feit dat de overeenkomst geldig tot stand is gekomen, een beroep op een contractsclausule in een concreet geval in strijd met de goede trouw?

Het komt mij onjuist voor de goede trouw als de grote slokop te gebruiken. De goede trouw is te zeer een blanketnorm om zonder beperkingen te hanteren. Voor zover al de wijze van totstandkoming met zich meebrengt dat uit billijkheidsoverwegingen geen gebondenheid aan het gegeven woord mag worden aangenomen, dan is deze gedachte toch geconcretiseerd in een begrensd aantal ontstaansgebreken, op grond waarvan een overeenkomst aantastbaar is. Indien een overeenkomst geldig totstandgekomen is, kan slechts in zeer bijzondere omstandigheden een beroep op een contractsclausule in strijd met de goede trouw worden geacht. Bij een andersluidend oordeel wordt te zeer afgeweken van het pacta sunt servanda-beginsel, hetgeen tot een ontwrichting van het handelsverkeer zou leiden.

Erkend moet worden dat naast andere relevante factoren ook de wijze van totstandkoming van belang kan zijn voor de vraag of een beroep op een bepaalde clausule in strijd met de goede trouw moet worden geacht. Het omgekeerde van deze stelling: nl. dat de totstandkoming van een overeenkomst geheel door de goede trouw wordt beheerst, waardoor de regelingen inzake de wilsgebreken en de ongeoorloofde oorzaak overbodig zouden worden, laat zich minder goed verdedigen. Tot nu toe blijkt de jurisprudentie uiterst behoedzaam om te gaan met de 'derogerende werking van de goede trouw'. De onmogelijkheid om op een geldig totstandgekomen overeenkomst een beroep te doen wordt slechts in die gevallen aangenomen, waarin zulk een beroep tot groot onrecht zou leiden, daar slechts in dat geval gerechtvaardigd is dat van het pacta sunt servanda-beginsel wordt afgeweken. Voorts zou m.v.o. nimmer geheel onder de 'HBU-constructie' te brengen zijn, daar de jurispru-

dentie tot nu toe slechts betrekking heeft op een enkele contractsclausule, niet op de gehele overeenkomst. Bovendien hebben de terzake relevante arresten (84) slechts betrekking op een bepaalde soort clausule: de exonerationclausule.

Het NBW blijft onderscheid maken tussen ontstaansgebreken (85) en de werking van de goede trouw (86) - in het NBW aangeduid als redelijkheid en betamelijkheid -.

5.6. Conclusie met betrekking tot de besproken constructies

Uit de voorgaande paragrafen moge gebleken zijn, dat ik er de voorkeur aan geef m.v.o. als een vierde wilsgebrek te construeren. M.v.o. is een vitium in het toestemmingsvereiste: de benadeelde geeft zijn toestemming onvrij. Het betreft omstandigheden die van invloed zijn op de wil, die beslissend is voor de rechtshandeling, zo schrijft Meijers (87). Nieuwenhuis merkt op: 'formeel is het oorzaakvereiste de weg waarlangs de bovengenoemde overeenkomst wordt aangetast, materieel is de door de HR geopende mogelijkheid nauw verwant aan de traditionele wilsgebreken' (88). Daar m.v.o. andere kenmerken vertoont dan de drie klassieke wilsgebreken, dwang, dwaling en bedrog, stem ik in met een zelfstandige regeling in het NBW.

M.v.o. vertoont het meest gelijkenis met het wilsgebrek 'dwang'. Het gedwongen contracteren is een gemeenschappelijk kenmerk van beide wilsgebreken. Buitendien kan zowel in het geval van m.v.o. als in het geval van dwang aan de wederpartij een onrechtmatige gedraging verweten worden.

Nochtans zijn er verschillen te onderkennen:

- 1) bij m.v.o. betreft het de druk (dwang) van omstandigheden, terwijl in de klassieke opvatting van dwang de wederpartij (of een derde) dwingt/bedreigt.
- 2) voor een beroep op dwang is niet vereist dat men door het contract benadeeld wordt, voor een beroep op m.v.o. wel.
- 3) misbruik van geestelijk overwicht laat zich moeilijk onder dwang brengen, daar van een daadwerkelijke bedreiging geen sprake is. Vanwege de verschilpunten tussen dwang en m.v.o. is een gescheiden regeling verkieslijk.

Benadelende bedingen in standaardcontracten c.q. standaardvoorwaarden kunnen wellicht op grond van misbruik van economisch overwicht worden aangetast. Dit zal niet altijd eenvoudig zijn; m.v.o. is niet altijd aan te tonen. Een andere weg zou kunnen zijn, dat niet te snel wordt aangenomen dat een contractspartij toestemt in de (soms onduidelijke) standaardvoorwaarden. Het beding maakt in een dergelijk geval geen onderdeel van het contract uit, en de vraag naar de geldigheid van de toestemming behoeft verder niet aan de orde te komen.

Tot slot besprak ik de toepassing van de beperkende werking van de goede trouw (art. 1374, derde lid BW) op m.v.o. M.i. is dit een onwenselijke constructie. Onderkend dient te worden dat m.v.o. een rol speelt in de totstandkomingsfase. De eerste vraag die behoort te worden gesteld, luidt: is het beding of de overeenkomst geldig totstandgekomen? Indien een overeenkomst gesloten is onder invloed van m.v.o., dan is deze aantastbaar op grond van een ontstaansgebrek. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan de tweede vraag, of een beroep op een geldig totstandgekomen overeenkomst in strijd met de goede trouw moet worden geacht, bevestigend worden beantwoord.

- 1 Meijers, WPNR 3372, blz.335.
- 2 Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz.2771.
3. Zie Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no 145.
4. Stein, diss., blz. 7, 11, 104, 105, 162, 163 en 164.
5. Eggens, WPNR 4705, blz. 14 en 15.
- 6 Van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel, blz.435
- 7 Van Dunné, diss., blz 303 en 304
- 8 Zie Smulders, WPNR 5383, blz. 180.
9. O.a. door Van Oven, HNJV 1937, blz. 15 gepropageerd.
- 10 Zie par 2.11
11. Zie par.5.2 en 5.3.
- 12 Hartkamp, NJB 1972, blz 378.
13. Abas,P., WPNR 5432, blz. 130.
14. Zie hierover Van Zeven, diss., blz.73; Abas, diss., blz. 81; Meijers WPNR 3372, blz.335 Zie ook Himans van den Bergh, L.J., NJ 1959, blz.122.
15. Pitlo-Bolweg, blz.240.
- 16 Nieuwenhuis, diss., blz.124
17. Ook in de recente jurisprudentie wordt nog vastgehouden aan de oorzaak-constructie: Zie o.a. HR 2-11-1979, NJ 1980, 429.
18. Zie over het NBW hoofdstuk zes
- 19 Zie over deze driedeling hoofdstuk zes
20. Artt 1357 en 1358 BW
- 21 Van Zeven, diss , blz 73 en 74.
- 22 Zie Asser-Rutten II, blz 109 e v
- 23 Zie hierover ook Van Zeven, diss., blz 73 en 74
- 24 HR 10-12-1965, NJ 1967, 80; Hof Arnhem 1-11-1966, NJ 1967, 81; HR 22-12-1967, NJ 1968, 222

25. HR 29-5-1964, NJ 1965, 104.
26. HR 30-5-1924, NJ 1924, 835.
27. Zo ook Van Zeben, diss., blz.74.
28. Zie Abas, diss., blz.77.
29. Zie Meijers, WPNR 3372, blz.333.
30. Van Zeben, diss., blz.73 en 74.
31. HR 2-5-1969, NJ 1969, 344.
32. Stein, diss., blz.163.
33. Zie hierover: Eggens, WPNR 4705, blz.15; Hofmann-Abas, blz. 96 en 98; Asser-Rutten II, blz.134; Stein, diss., blz.27 en 12; Abas, diss., blz.86; Van Zeben, diss., blz.73 en 74.
34. Art.3.2.10, lid 1 en 2 NBW.
35. Zie Eggens, WPNR 4726, blz.271; Hofmann-Abas, blz. 95.
36. Zie Asser-Rutten II, blz.131; Hofmann-Abas, blz.95 en 96.
37. Zie over de driedeling 'misbruik van economisch overwicht, noodtoestand en geestelijk overwicht' hoofdstuk zes.
38. Zie Eggens, WPNR 4705, blz.15 en 16.
39. Asser-Rutten II, blz.131 en 132.
40. Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.156.
41. HR 31-5-1974, NJ 1974, 435.
42. Rechter in eerste aanleg bij vonnis van 5-6-1972.
43. Zie ook Abas, diss., blz.86.
44. Zie Asser-Rutten II, blz.134; Hofmann-Abas, blz.96.
45. Zie voor andere gevallen op de grens van m.v.o. en dwang HR 13-1-1922, NJ 1922, 316 en Rb. Amsterdam 29-6-1948 bij HR 8-12-1950, NJ 1951, 489
46. Eggens, WPNR 4705, blz.15.
47. WPNR 4726, blz.269 e.v.
48. WPNR 4739, blz.427 e.v.
49. Scholten, G.J., NJ 1965, blz.392.
50. Zie over het benadelingsvereiste hoofdstuk zes.
51. Stein, diss., blz.12 en 16; Van Zeben, diss., blz.73; Abas, diss., blz.86; Asser-Rutten II, blz.134.

- 52 Stein, diss , blz 29
- 53 Zie Polak, Het geleide contract
- 54 Zie hierover ook Abas, diss , blz 85
- 55 Van der Grinten, W C L , AA XIV, blz 237
- 56 Hondius, diss , blz 303
- 57 Het begrip 'ondernemer' moet in dit verband ruim worden opgevat
- 58 Zie de casus in Bovag II, HR 11-1-1957, NJ 1959, 37
- 59 Zie over dit onderwerp Van der Werf, H G , Gebondenheid aan standaardvoorwaarden, diss Nijmegen, 1980, Gras, F , Standaardcontracten, 1979, Hondius, diss , Sluiter, H J , Standaardvoorwaarden, 1972, Zeylemaker, J , Is het wenselijk onze burgerlijke wetgeving aan te vullen met bepalingen omtrent 'standaardcontracten' en zo ja, naar welke beginselen? HNJV 1948, blz. 67 e v
- 60 Hondius, diss , blz 243
- 61 Beekhuis, J.H., AA VI, blz.184
- 62 Bovag II, HR 11-1-1957, NJ 1959, 37 en CBR-arrest Hof 's-Gravenhage 18-1-1973, NJ 1973, 192, VR 1976, 16
- 63 Hof 's-Hertogenbosch 3-3-1959, NJ 1959, 655.
- 64 HR 26-2-1960, NJ 1965, 373
65. Zeylemaker, t a p , blz 118
- 66 Asser-Rutten II, blz 76 e v , Zeylemaker, t a p , blz 85 en 86
- 67 Stein, diss , blz 152
- 68 Stein, diss , blz 155
- 69 Zie Asser-Rutten II, blz 78, Kortmann, S C J J , 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss Nijmegen, 1977, blz. 20.
70. Ktg. Amsterdam 9-12-1935, NJ 1937, 744.
- 71 Hondius, diss , blz 398
- 72 Hondius, diss , blz 401 en 402
73. Hof 's-Gravenhage 18-1-1973, NJ 1973, 192, VR 1976, 16.
- 74 Kortmann, t a p , blz 19
- 75 HR 9-12-1977, NJ 1978, 187
- 76 Scholten, G J , NJ 1978, blz 664

77. Hondius, diss., blz.262; Abas, diss., blz.190; Hofmann-Abas, blz.186 e.v.; Nagelkerke, WPNR 5288, blz.855 e.v.; zie over de goede trouw ook : Abas, P., De rol van de rechter in het contractenrecht, Praesidium libertatis, Deventer, 1975, blz. 55-64; Van Dunné, J.M., De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?, NJB 1980, blz.668.
78. HR 19-5-1967, NJ 1967, 261.
79. Abas, diss., blz.190; Hofmann-Abas, blz.202.
80. Hof Amsterdam 3-1-1969, NJ 1970, 89.
81. HR 20-2-1976, NJ 1976, 486, AA 1976, blz. 467.
82. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.855 en 856.
83. Hondius, diss., blz.472 e.v.
84. HBU/Saladin en Vogelpest.
85. Zie o.a. art. 3.2.10 NBW.
86. Zie artt. 6.1.1.2. en 6.5.3.10 NBW.
87. Meijers, E.M., Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz. 2771.
88. Nieuwenhuis, diss., blz.124.

VI. Misbruik van omstandigheden in het Nieuw Burgerlijk Wetboek

6.1. Korte historie

In deze paragraaf zal worden weergegeven op welke wijze in het NBW m.v.o. wordt geregeld en welke wijzigingen daarin vanaf het jaar 1954 zijn aangebracht. Tevens zal op enige, m.i. relevante, punten die later (1) uitvoeriger worden besproken, worden gewezen.

In de eerste drie paragrafen zal slechts art. 3.2.10, lid 4 NBW aan de orde komen, terwijl onderwerpen als vernietiging en wijziging van de rechtshandeling, verjaring van het beroep op de vernietigbaarheid en bevestiging van de rechtshandeling aan het einde van dit hoofdstuk worden behandeld.

Alvorens een begin werd gemaakt met het ontwerpen van een Nieuw Burgerlijk Wetboek, legde de regering aan de Tweede Kamer 49 vraagpunten voor. Met betrekking tot m.v.o. zijn twee vraagpunten van belang: nummer 12 (2) en nummer 19 (3). Vraagpunt 19 had rechtstreeks betrekking op m.v.o. en luidde als volgt: 'Moet naast bedreiging, bedrog en dwaling ook misbruik van omstandigheden als grond voor vernietiging van rechtshandelingen worden erkend?'. De Tweede Kamer antwoordde in bevestigende zin en voegde hier aan toe, dat de wet zich zou dienen te onthouden van een opsomming van de omstandigheden, waarvan geen misbruik mag worden gemaakt. Bij de behandeling in de Tweede Kamer van vraagpunt 12 wees Meijers op de mogelijkheid om een monopoliepositie bij standaardcontracten aan te pakken via de weg van m.v.o. In 1954 bracht Meijers zijn Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek uit (4), hierna te noemen het Ontwerp-Meijers (5).

Art. 3.2.10, lid 4 van dit Ontwerp luidt:

Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand van andermans noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid misbruik heeft gemaakt om deze tot een bepaalde voor hem nadelige rechtshandeling te bewegen. Is de benadeling onevenredig groot en is de noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid van de benadeelde bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed.

In zijn toelichting op het Ontwerp (6) uit Meijers de mening dat het nadeel dat de handeling zal bewerken meestal van vermogensrechtelijke aard zal zijn, maar niet noodzakelijkerwijs tot stofelijk nadeel is beperkt. Hieruit blijkt dat Meijers wel het vereiste

van benadeling stelt (7), maar daaronder zowel objectief (= financieel) als subjectief (= immaterieel nadeel) verstaat. Ik stem met Kamphuisen (8) in, wanneer deze opmerkt dat de onderzoeken van Van Zeben (9) en Stein (10) naar de vraag, of Meijers in zijn Ontwerp objectieve of subjectieve benadeling op het oog heeft gehad, weinig zoden aan de dijk zetten.

Het feit dat Meijers, in strijd met het antwoord van de Kamer op vraagpunt 19 de omstandigheden waarvan geen misbruik mag worden gemaakt, noemt, heeft veel commentaar uitgelokt (11). De voornaamste strijdvraag was of deze omstandigheden limitatief dan wel enuntiatief werden opgesomd. Wat daar verder ook van zij, in het Regeringsontwerp is deze opsomming althans in de eerste zinsnede geschrapt, in het Gewijzigd Ontwerp helemaal.

Voorts wijs ik erop dat Meijers de term 'bewegen' gebruikt. Dit duidt op een actieve rol van de misbruiker, het initiatief gaat van hem uit.

Als laatste bijzonderheid naast de eerdergenoemde - een opsomming van de omstandigheden, het noemen van het nadeelvereiste dat volgens de toelichting echter ook onstoffelijk mag zijn, en de actieve rol van de misbruiker, uitgedrukt door de term 'bewegen'- bevat het Ontwerp-Meijers een vermoeden van m.v.o., indien de benadeling onevenredig groot is en de in de desbetreffende zinsnede opgenoemde omstandigheden bewezen zijn. Terecht laat het Gewijzigd Ontwerp dit vermoeden vallen (12).

Op 4 november 1954 wordt bij Koninklijke Boodschap het Regeringsontwerp tot vaststelling van boek 3 NBW aan de Tweede Kamer aangeboden (verder te noemen RO).

Art. 3.2.10, lid 4 van het RO luidt:

Misbruik van omstandigheden leidt tot vernietigbaarheid, wanneer iemand daardoor een ander tot een bepaalde voor hem nadelige rechtshandeling heeft bewogen. Is de benadeling onevenredig groot en is noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid van de benadeelde bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed.

De Memorie van Toelichting bij dit wetsontwerp vermeldt dat in het vierde lid van art. 3.2.10 van de tekst van het Ontwerp-Meijers is afgeweken om de regeling van m.v.o. in overeenstemming te brengen met de conclusie op vraagpunt 19, waarin was gesteld dat de wet zich zou dienen te onthouden van een opsomming.

In het Voorlopig Verslag (13) toont de vaste Commissie voor Justitie zich niet helemaal gelukkig met de mate waarin in het RO van het Ontwerp-Meijers is afgeweken: in de tweede zinsnede van het vierde lid van art. 3.2.10 wordt toch weer een opsomming van omstandigheden gegeven. Bovendien acht de Commissie het bewijsvoorschrift in deze tweede zinsnede zinloos, nu de benadeelde toch de omstandigheden en de onevenredige benadeling moet bewijzen. Terecht stelt de Commissie voor om de hele zinsnede te schrappen. Overigens neemt zij aan dat de betreffende opsomming

wel enuntiatief bedoeld zal zijn.

Een afwijking in het RO van het Ontwerp-Meijers die waarschijnlijk met de hierboven genoemde afwijking verband zal houden, is te vinden in de eerste woorden van het vierde lid, waarin de woorden 'misbruik van omstandigheden is aanwezig' zijn vervangen door de woorden 'misbruik van omstandigheden leidt tot vernietigbaarheid'. Aangezien de leden 2 en 3 luiden: 'bedreiging respectievelijk bedrog is aanwezig. . . . ' komt mij het verschil in formulering van de leden 2 en 3 enerzijds en lid 4 anderzijds uit wettisch oogpunt weinig fraai voor. Buitendien is de formulering van het vierde lid een gedeeltelijke herhaling van het eerste lid van art. 3.2.10.

In de Memorie van Antwoord (14) stemt de Minister in met de visie van de Commissie van Justitie dat het bewijsvoorschrift in de tweede zinsnede overbodig is; het wordt derhalve geschrapt in het Gewijzigd Ontwerp (verder te noemen: GO). Wél acht de Minister een aanduiding van enkele omstandigheden waarvan misbruik kan worden gemaakt, wenselijk bij wijze van voorbeeld. Hij benadrukt dat deze opsomming als louter enuntiatief moet worden beschouwd, hetgeen wordt uitgedrukt door het woord 'zoals' in het nieuwe, vierde lid van het GO.

Om de schijn te vermijden dat het initiatief altijd moet uitgaan van de misbruiker wordt de term 'bewegen' vervangen door 'bevoorstellen', aldus de Memorie van Antwoord.

Verder licht de Minister toe waarom in het GO het benadelingsver-eiste, althans in art. 3.2.10, lid 4, is geschrapt.

Of de Minister bedoelt aan te geven dat de eis van benadeling in het geheel niet meer wordt gesteld voor m.v.o. dan wel dat slechts aan de vorm van de benadeling geen vereisten meer worden gesteld, wordt uit de Memorie van Antwoord niet geheel duidelijk. Vooralsnog ben ik geneigd het laatste aan te nemen, gezien de verwijzing naar het arrest Van Elmbt/Feierabend en get op het begrip 'nadeel' in art. 3.2.17 c. Bovendien zegt de Minister in zijn antwoord aan de Commissie dat niet slechts de wetenschap van de in het vierde lid bedoelde omstandigheden, maar ook de wetenschap omtrent hetgeen als benadeling van het slachtoffer kan worden aangemerkt onder de omschrijving 'hetgeen hij weet of moet begrijpen' valt (15).

Artikel 3.2.10, lid 4 is in het GO (16) als volgt geformuleerd: Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

Enkele karakteristieke punten in deze omschrijving wil ik reeds aanstippen:

a) De omstandigheden waarvan misbruik kan worden gemaakt, worden aangeduid als bijzondere omstandigheden zoals noodtoestand etc. Weer treffen we in de formulering van m.v.o. een opsomming aan, maar nu duidelijk niet limitatief. Het woord 'bijzondere' heeft m.i. geen zelfstandige betekenis, maar wijst vooruit naar de op het woord 'zoals' volgende omstandigheden.

b) In tegenstelling tot het Ontwerp-Meijers en het RO komt in het GO in de tekst van art.3.2.10, lid 4 de benadelingseis niet meer voor.

c) In tegenstelling tot het Ontwerp-Meijers en het RO wordt m.v.o. niet meer vermoed, indien onevenredig nadeel aanwezig is en omstandigheden zoals noodtoestand, afhankelijkheid etc. bewezen zijn.

d) 'Misbruik' is in het GO een zelfstandig vereiste. Misbruik wordt omschreven als het bevorderen van de totstandkoming van een rechtshandeling, terwijl de wetenschap van de misbruiker hem daarvan zou behoren te weerhouden. Deze typering is in drie onderdelen uiteen te leggen:

1) wetenschap van de misbruiker

2) het totstandkomen van de rechtshandeling bevorderen

3) hoewel de misbruiker dat niet behoorde te doen.

e) Uit de vervanging van het begrip 'bewegen' door 'bevorderen' blijkt dat misbruik ook aanwezig kan zijn, indien de misbruiker een passieve rol speelt.

Op deze vijf punten zal nader worden ingegaan in par. 6.3.

In het Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet (17) (verder te noemen NGO) zijn geen wijzigingen voor wat betreft art.3.2.10, lid 4 aangebracht.

6.2. Plaatsing van misbruik van omstandigheden als wilsgebrek in Boek 3, titel 2 (Rechtshandelingen)

Zoals ik in hoofdstuk vijf uiteengezet heb, acht ik de constructie van m.v.o. als vierde wilsgebrek naast dwang, dwaling en bedrog de meest verkieslijke.

Daar ik reeds eerder verdedigde dat ook onder vigeur van het huidig BW m.v.o. als vierde wilsgebrek dient te worden beschouwd, ondanks het bezwaar dat in de literatuur de opsomming van de wilsgebreken in art.1357 BW veelal als limitatief wordt beschouwd, moge duidelijk zijn dat ik volledig instem met de constructie in het NBW.

Gezien het antwoord van de Kamer op vraagpunt 19 (18) en de redactie van art.3.2.10, lid 4 in het RO, het GO en het NGO heeft er bij de Kamer en de Regering geen enkele twijfel over bestaan dat m.v.o., naast dwang, dwaling en bedrog, een vernietigingsgrond vanwege een gebrek in de toestemming is.

In vraagpunt 19 wordt aan de Kamer gevraagd of m.v.o. als een

vernietigingsgrond van rechtshandelingen moet worden erkend. In deze formulering wordt het begrip 'rechtshandeling' gehanteerd en niet het engere begrip 'overeenkomst'.

Terecht wordt m.v.o. niet tot de obligatoire overeenkomsten beperkt. M.v.o. vindt zijn regeling in boek 3 Vermogensrecht in het algemeen. Dit betekent dat m.v.o. een grond voor vernietiging is, zowel bij meerzijdige vermogensrechtelijke handelingen (vnl. de obligatoire contracten) als bij eenzijdige vermogensrechtelijke handelingen (afstand van recht, kwijtschelding, opzegging, etc.).

Uit de plaatsing van m.v.o. in boek 3 volgt ook dat in beginsel slechts voor vermogensrechtelijke rechtshandelingen een beroep op m.v.o. openstaat, niet voor rechtshandelingen uit het personen- en familierecht. Ik ben van mening dat dit niet te betreuren is; dat soort rechtshandelingen leent zich in het algemeen niet goed voor toepassing van m.v.o. (19). Krachtens art.3.2.21 zijn echter de bepalingen uit titel 3.2. van overeenkomstige toepassing op rechtshandelingen buiten het vermogensrecht, voorzover de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Betwijfeld moet worden of deze bepaling vaak toepassing zal vinden, teminder daar die niet-vermogensrechtelijke rechtshandeling waarbij m.v.o. wellicht het meest zal voorkomen, nl. de erkenning van een natuurlijk kind, reeds zijn regeling vindt in art.225 boek 1 BW. In de Memorie van Toelichting bij het RO wordt vermeld dat in navolging van het buitenland m.v.o. tot de vermogensrechtelijke rechtshandelingen wordt beperkt.

In de literatuur is opgemerkt dat m.v.o. beter in boek 6 NBW (verbintenissenrecht) dan in boek 3 NBW op zijn plaats zou zijn. Zo is Nagelkerke (20) van mening dat m.v.o. slechts bij obligatoire contracten praktische betekenis heeft. Hij stelt derhalve voor m.v.o. in boek 6 te regelen en voor het uitzonderingsgeval dat m.v.o. bij een andere rechtshandeling dan een obligatoir contract voorkomt, de bepaling uit boek 6 analoog toe te passen (21). Afgezien van het feit dat het m.i. niet om uitzonderingen gaat, komt analoge toepassing mij afkeurenswaardig voor, indien reeds bij voorbaat vaststaat dat bij een bepaalde groep rechtshandelingen van dit middel gebruik zal worden gemaakt. Stein is consequenter: ook hij is de mening toegedaan, dat m.v.o. bij andere rechtshandelingen dan overeenkomsten weinig voorkomt, maar verbindt daaraan niet de conclusie dat de regeling beter naar het verbintenissenrecht kan worden overgebracht, daar ook bij andere rechtshandelingen m.v.o. denkbaar is (22).

6.3. Art.3.2.10, lid 4: de formulering van misbruik van omstandigheden in het Nieuw Burgerlijk Wetboek

In deze paragraaf zal de omschrijving van m.v.o. in art.3.2.10, lid 4 NBW worden besproken. Ik zal trachten de contouren van het begrip m.v.o. te verscherpen. Om dit te bereiken dienen de in het desbetreffende wetsartikel voorkomende begrippen 'misbruik', 'bijzondere omstandigheden', 'weten of moeten begrijpen', 'bevorderen van het totstandkomen van de rechtshandeling' en 'bewogen worden tot het verrichten van een rechtshandeling' verder te worden uitgediept.

a. Bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid.

Als eerste zal worden onderzocht van welke omstandigheden misbruik gemaakt kan worden. Wil met vrucht de vernietiging van een rechtshandeling op grond van m.v.o. ingeroepen worden, dan moet aangetoond worden dat er door de wederpartij misbruik is gemaakt van in dit verband rechtens relevante omstandigheden. Zoals ik reeds in par.6.1 vermeld heb, wordt in art.3.2.10, lid 4 NBW een aantal omstandigheden, waarvan misbruik gemaakt kan worden, aangegeven. Dat deze opsomming louter enuntiatief bedoeld is, blijkt uit de formulering 'bijzondere omstandigheden zoals' en uit de in die zin luidende verklaring in de Memorie van Antwoord (23).

Van Zeben is een van de weinigen die zich voorstander tonen van een limitatieve opsomming (24). Hij acht het begrip 'omstandigheden' op zichzelf te vaag: 'In omstandigheden verkeert iedereen'(25). Inderdaad verkeert een ieder in 'omstandigheden', maar het is duidelijk dat niet alle omstandigheden rechtens relevant zijn. M.i. tracht het NBW dit uit te drukken door het adjectief 'bijzondere' alsmede door een opsomming, bij wijze van voorbeelden, van dergelijke rechtens relevante omstandigheden. Blijkbaar worden omstandigheden als noodtoestand, afhankelijkheid etc. 'bijzonder' geacht. De aangegeven omstandigheden zijn in zoverre bijzonder dat degene die in deze omstandigheden verkeert, onvrij is. Hij bevindt zich ten gevolge van die onvrijheid in een zwakke positie, van welke positie een ander misbruik kan maken.

Om duidelijk aan te geven dat het bij m.v.o. omstandigheden betreft, die het onmogelijk maken op dezelfde voet als in 'normale' omstandigheden te handelen, wil Van Zeben een limitatieve opsomming. Zijn doel is juist, zijn middel daartoe niet. Een limitatieve opsomming is ongewenst: te snel zouden er zich gevallen kunnen voordoen, waaraan de wetgever ten tijde van het ontwerpen van de regeling niet heeft gedacht. In het verleden heeft zich

reeds iets dergelijks voorgedaan: indien men aanneemt dat de opsomming in het Ontwerp-Meijers inderdaad limitatief was bedoeld, dan zou misbruik van monopolie niet onder m.v.o. vallen, tenzij de positie van de wederpartij van een monopolist als een noodtoestand wordt aangemerkt (26). Een limitatieve opsomming heeft als nadeel, dat omstandigheden waaraan aanvankelijk niet gedacht is later min of meer gewrongen onder wel genoemde omstandigheden moeten worden gebracht.

Ofschoon ik een limitatieve opsomming onwenselijk acht, roept het tegenovergestelde, het weglaten van iedere aanduiding (27) ook problemen op, daar de contouren van m.v.o. in dat geval te onduidelijk zijn. Ik ben derhalve van mening, dat het NBW de juiste middenweg bewandelt door wél een opsomming te geven, maar dan in enuntiatieve zin (28). Terecht merkt Smulders op dat ook in de jurisprudentie nimmer onderscheid is gemaakt tussen omstandigheden, waarvan wél en omstandigheden waarvan géén misbruik gemaakt kan worden.

Aan de aanduiding 'bijzondere' dient niet te veel betekenis te worden toegekend. Zoals zowel Bloembergen (29) als Hartkamp (30) opmerken, doet Stein (31) dit wél. Hij acht de term 'bijzondere' zo bijzonder dat de positie van degene die zich in een contractuele relatie tegenover een economisch machtige bevindt, z.i. niet aan die kwalificatie voldoet. Deze interpretatie gaat m.i. te ver. Anders dan Abas (32) en Smulders (33) acht ik een groepering van de omstandigheden die van belang kunnen zijn, verkieslijk. Evenals Stein (34) die in zijn dissertatie opmerkt: 'Een nadere aanduiding is op zijn plaats wegens de vaagheid van het begrip 'omstandigheden'. Zij is niet beperkend bedoeld, maar dient om aan te geven, dat het om verschillende dingen gaat'.

Abas is van mening dat aan een onderverdeling in misbruik van 'economische machtspositie', van 'psychisch overwicht' en van 'noodtoestand' nauwelijks zinvol juridische consequenties te verbinden zijn (35). Dit denkbeeld wijs ik af. Veeleer volg ik de opvatting van Stein (36) dat onder de benaming m.v.o. uiteenlopende vormen van een gebrekkige wilsvorming worden geregeld. Er zijn belangrijke verschillen tussen de diverse vormen van m.v.o. Terecht vindt Abas het moeilijk om een concrete casuspositie in een bepaalde categorie m.v.o. in te delen. Sommige casusposities zullen in geen enkele categorie exact passen, terwijl andere onder meerdere categorieën vallen (37). Dit marginale probleem is echter niet doorslaggevend; buitendien is het Weduwepensioen-arrest, door Abas als voorbeeld van een moeilijk inpasbare zaak genoemd, geen al te gelukkig voorbeeld, daar hij op een andere plaats (38) 'noodtoestand' ruim verstaat (benarde toestand) en dit arrest daaronder had kunnen brengen.

Een bezwaar van de opsomming in het NBW is dat vrij willekeurig een aantal omstandigheden achter elkaar wordt vermeld: noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand

of onervarenheid. Liever zag ik een driedeling, die meer zin heeft vanwege de uiteenlopende kenmerken van de drie categorieën:

1. misbruik van economisch overwicht
2. misbruik van noodtoestand
3. misbruik van geestelijk overwicht.

Ad 1. In verscheidene contractuele relaties valt een economisch overwicht van de ene partij op de andere te onderkennen. Dit brengt met zich mee dat de wederpartij van de economisch machtige in een afhankelijkheidspositie verkeert. Om een bepaalde prestatie, waaraan hij behoefte heeft te kunnen verkrijgen, kan het voorkomen dat hij een benadelend contract moet aanvaarden. Zijn economische situatie dwingt hem daartoe. Men kan met name denken aan de relatie monopolist - afnemer, werkgever-werknemer, verhuurder-huurder, geldschietser-geldnemer etc. Niet altijd bestaat er in deze verhoudingen een economisch overwicht. Zo is er in de verhouding werkgever-werknemer veelal slechts een overwicht van de eerste op de laatste in tijden van werkloosheid. Wat zijn de bijzondere kenmerken van deze categorie?

In het geval van een economisch overwicht gaat het veelal om een collectief probleem. Het misbruik maken van een economisch sterkere positie komt vaak tot uitdrukking in standaardcontracten. Niet het gehele contract, maar slechts één of meerdere clausules zijn onder invloed van m.v.o. totstandgekomen. Het betreft vaak exoneratieclausules (39), waarin de aansprakelijkheid van de economisch sterkere naar de economisch zwakkere wordt verlegd. Onder omstandigheden kan vernietiging van de onereuze clausule, met instandhouding van het overige deel van de overeenkomst, een oplossing bieden.

De factoren 'misbruik' en 'benadeling' zijn andersoortig dan bij de twee overige groepen van m.v.o. Veelal gaat het initiatief niet van de misbruiker, maar van de benadeelde uit. De misbruiker kan passief afwachten tot de benadeelde bij hem aan komt kloppen om vervolgens op volledig door hem te bepalen voorwaarden te contracteren. In de jurisprudentie blijkt dat het nadeel doorgaans van financiële aard is. De mogelijkheid van immateriële benadeling bij misbruik van economisch overwicht is niet uit te sluiten, maar veelal is sprake van financieel nadeel.

Daar sprake is van een collectief probleem, treedt de wetgever meer regelend op dan bij de twee andere categorieën. Bepalingen ter bescherming van de economisch zwakkere tegen de economisch sterkere treft men onder meer aan in de arbeidswetgeving, de huurwetgeving, de pachtwetgeving, de Wet op het Consumentief Geldkrediet en de Wet op het Afbetalingsstelsel.

De bovengenoemde eigen kenmerken van misbruik van economisch overwicht zijn in de jurisprudentie terug te vinden (40). De beweringen van sommigen (41) dat m.v.o. slechts belangrijk is voor

individuele gevallen van misbruik van geestelijk overwicht en niet voor misbruik van economisch overwicht, met name niet in standaardcontracten, zijn, gelet op de jurisprudentie, niet hard te maken.

Ad 2. Het begrip 'noodtoestand' zie ik vrij ruim. Men verkeert niet alleen in een noodtoestand, wanneer gevaar dreigt voor gezondheid, leven, eer of vrijheid, maar ook wanneer schade aan bezittingen dan wel aan zakelijke en/of persoonlijke reputatie dreigt op te treden (42). Bij gevaar voor onder meer schade aan bezittingen zou gedacht kunnen worden aan de situatie van 555 K. of aan het voorbeeld dat Eggens (43) geeft. Het Antilliaanse fraude-arrest (44) is een voorbeeld van schade aan zakelijke en persoonlijke reputatie.

Het gevaar behoeft overigens niet noodzakelijkerwijs de benadeelde zelf te bedreigen.

De meeste schrijvers (45) vatten de categorieën 1 en 2 samen onder één benaming: misbruik van benarde situatie. Mij komt het juist voor misbruik van economisch overwicht en misbruik van noodtoestand (gevaarssituatie) van elkaar te onderscheiden.

Anders dan misbruik van economisch overwicht is misbruik van noodtoestand geen collectief probleem. Misbruik van noodtoestand speelt in individuele gevallen. Het algeheel nietig verklaren van de overeenkomst of het maligen van de betalingsverplichting kan een bevredigende uitkomst geven.

Bij deze categorie spreekt de factor misbruik duidelijk. Door de gevaarssituatie is het gedrag van de profiteur onbehoorlijk. De categorie misbruik van noodtoestand in de betekenis die ik bezig, komt in de rechtspraak minder vaak voor dan de eerste en de derde categorie (46).

Ad 3. Van misbruik van geestelijk overwicht is sprake indien een contractspartij misbruik maakt van de relatieve afhankelijkheid of van een bijzondere geestelijke gesteldheid van haar wederpartij. In het eerstgenoemde geval bestaat er een bijzondere vertrouwensrelatie zoals die van ouder-kind, man-vrouw, arts-patiënt, priester-gelovige. In het laatste geval verkeert de benadeelde in een toestand die hem bijzonder licht beïnvloedbaar maakt. Deze kan veroorzaakt worden door een storing in de geestesvermogens, een (hoge) leeftijd (47), onervarenheid, lichtzinnigheid, onkunde, slechte lichamelijke conditie etc. Tengevolge van de vertrouwensrelatie of de beïnvloedbare toestand bezit de ene partij een geestelijk overwicht op de andere partij.

Misbruik van geestelijk overwicht verschilt meer van beide voorgaande categorieën van m.v.o. dan deze onderling verschillen. De misbruiker vervult veelal een actieve rol: hij neemt het initiatief, hij beïnvloedt en overreedt zijn slachtoffer. De benadeelde wordt tot een rechtshandeling die hij in het geheel niet heeft gewild,

overgehaald. Hij kan veelal de gevolgen van de handeling niet overzien en is zich niet bewust van de situatie (48).

Hier is benadeling in immateriële zin eerder denkbaar dan bij de vorige twee categorieën. De rechtshandeling is dan weliswaar niet financieel benadelend, maar brengt desalniettemin nadelige gevolgen met zich mee die de handelende niet heeft gewild.

Misbruik van geestelijk overwicht kan ook met recht 'undue influence' genoemd worden. Deze term is voor m.v.o. in zijn geheel minder juist.

Anders dan Van Zeven zou ik ook lichtzinnigheid en onervarenheid als rechtens relevante omstandigheden willen beschouwen(49), en anders dan Stein acht ik geen enkel bezwaar aanwezig tegen de erkenning van misbruik van relatieve afhankelijkheid als vernietigingsgrond. Beiden verliezen m.i. uit het oog dat lichtzinnigheid, onervarenheid en relatieve afhankelijkheid slechts tot vernietiging kunnen leiden, indien tevens het misbruiken van deze omstandigheden door de wederpartij en benadeling door de totstandkoming van de rechtshandeling bewezen zijn.

Degenen die de opvatting huldigen dat de waarde van m.v.o. vooral gelegen is in de bescherming van 'hulpeloze bejaarden' tegen 'onscrupuleuze oplichters' hebben in zoverre gelijk, dat deze laatste categorie van m.v.o. het veelvuldigst in de recente jurisprudentie voorkomt (50).

b. Het begrip misbruik

Smulders (51) tracht de factor 'misbruik' nader in te vullen. In het algemeen wordt echter in de literatuur weinig aandacht besteed aan 'misbruik' als constituerend element naast 'nadeel' en 'omstandigheden' - op dezelfde wijze wordt ook de eis van het oorzakelijk verband tussen de druk van de omstandigheden en het verrichten van de rechtshandeling in jurisprudentie en literatuur weinig expliciet besproken.

Hoewel 'misbruik' zich moeilijk laat omschrijven, zal men hier toe toch een poging moeten wagen, daar voor een beroep op m.v.o. naast 'omstandigheden' en 'nadeel' ook het misbruik maken door de ene partij van de omstandigheden, waarin de wederpartij verkeert, aangetoond dient te worden.

Veelal wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen gebruik en misbruik maken van omstandigheden, zonder dat echter wordt aangegeven waar het gebruik ophoudt en het misbruik begint. Misbruik wordt omschreven als onoirbaar, ongeoorloofd of onbehoorlijk gebruik (52).

Alvorens over te gaan tot een analyse van het begrip 'misbruik' in het NBW geef ik de omschrijving van Smulders (53) weer. Misbruik is een normatief begrip dat verwijst naar regels van ongeschreven recht, met name naar de norm dat men zich bij het

sluiten van een overeenkomst mede moet laten leiden door de belangen van de wederpartij.

Het begrip 'misbruik' wordt in het NBW in de drie volgende zinsneden neergelegd:

1. het bevorderen van de rechtshandeling,
2. de wetenschap, dat een ander door bijzondere omstandigheden wordt bewogen tot. . . .
3. terwijl die wetenschap hem daarvan had behoren te weerhouden.

ad 1. Aan de gedraging van de misbruiker valt een positief aspect - het bevorderen van de rechtshandeling - en een negatief aspect - het behoren te weerhouden daarvan - te onderkennen.

De Memorie bij het GO vermeldt uitdrukkelijk, dat 'bewegen tot de rechtshandeling' in het RO is gewijzigd in 'het bevorderen van de rechtshandeling', omdat ten onrechte de indruk zou kunnen worden gewekt dat het initiatief moet uitgaan van de misbruiker. Het bevorderen kan volgens de Memorie bestaan uit het richten van een verklaring tot de wederpartij of uit het enkel in ontvangst nemen van een verklaring van de wederpartij.

Het is juist om ook bij een passieve houding van de misbruiker een beroep op m.v.o. toe te laten. De misbruiker behoeft niet het heft in handen te nemen; de eerste aanzet tot de rechtshandeling behoeft niet van hem uit te gaan. Onderscheiden zou kunnen worden in een actief en een passief misbruik maken. Met name in het geval van misbruik van economisch overwicht of noodtoestand kan de misbruiker vaak afwachten tot zijn wederpartij hem benadert, daar in die situaties de wederpartij een prestatie van de misbruiker nodig heeft. Indien iemand misbruik maakt van zijn geestelijk overwicht op de wederpartij zal veelal de rol van de misbruiker actiever zijn. Zijn gedraging bestaat dan niet uit het enkel in ontvangst nemen van een verklaring, maar in het overreden van de wederpartij tot het verrichten van de rechtshandeling.

De oudere schrijvers (54) benadrukken m.n. de onredelijke invloed van de persoon van de misbruiker. Dat betekent dat hij een actieve rol vervult. Het betreft dan de eigenlijke 'undue influence', nl. een ongeoorloofde druk door de misbruiker die zijn geestelijk overwicht misbruikt. Juister komt mij de opvatting van het merendeel van de tegenwoordige schrijvers voor: het zijn de omstandigheden die een druk op de benadeelde uitoefenen, welke omstandigheden de misbruiker hetzij actief hetzij passief misbruikt (55).

De opvatting van Van der Grinten, zoals neergelegd in zijn noot onder het Weduwepensioenarrest (56), vormt een uitzondering: hij is van mening dat het begrip 'misbruik' te ver wordt uitgerekt, indien men ook de gevallen, waarin het initiatief van het 'slachtoffer' uitgaat, daartoe rekent (57).

Zowel door Stein (58) als door Nagelkerke (59) worden m.i. ten onrechte bezwaren tegen de term 'bevorderen' geuit. Beiden achten

'bevorderen' te actief. Stein vat het begrip zelfs zo beperkt op dat de veelal afwachterende houding van de contractant die een machtspositie bekleedt, daartoe niet mag worden gerekend. Nagelkerke stelt om dezelfde reden voor 'bevorderen' te veranderen in 'benutten'. Benutten zou zowel actief als passief kunnen zijn. Deze wijziging acht ik overbodig. Men doet de Nederlandse taal geen geweld aan, indien men onder 'bevorderen van de totstandkoming van een rechtshandeling' ook verstaat het enkele inspelen op het initiatief van de benadeelde. Door het zonder protest in ontvangst nemen van de wilsverklaring van de wederpartij wordt immers 'bevorderd' dat de rechtshandeling totstandkomt. Overigens geldt dit slechts voor meerzijdige rechtshandelingen. Bij de totstandkoming van een eenzijdige rechtshandeling houdt 'bevorderen' noodzakelijkerwijs méér in dan de enkele ontvangst van de wilsverklaring, daar deze rechtshandeling reeds perfect wordt door de eenzijdige wilsuiting van de handelende.

Mijn bezwaar tegen de term 'bevorderen' is van andere aard. Ik acht de term te neutraal. Door deze term te gebruiken wordt op geen enkele manier aangegeven waarin het onbehoorlijke van de gedraging van de misbruiker schuilt of met andere woorden waarom de misbruiker de totstandkoming van de rechtshandeling niet mag bevorderen. Dit aspect komt ook niet uit de verf in de laatste zinsnede 'terwijl hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden'. Expliciet dient uit te komen waarom de misbruiker zich had behoren te onthouden van het bevorderen van de rechtshandeling (60). Nagelkerke is van mening dat de combinatie van 'benutten' en 'wetenschap' het misbruik in plaats van het gebruik aantoonst. M.i. is deze combinatie te mager; enkel wetenschap is onvoldoende. Bij de bespreking van de zinsnede 'terwijl zijn wetenschap hem daarvan behoorde te weerhouden' zal ik trachten de reden, waarom de misbruiker zich behoort te weerhouden, nader aan te geven.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat de term 'bevorderen' juist is, voorzover daaronder zowel een actieve als een passieve rol van de misbruiker te begrijpen is, maar te kort schiet in het aangeven van het misbruik. Dit tekort kan goed worden gemaakt door in de laatste zinsnede - 'het behoren te weerhouden' - een extra aspect op te nemen.

ad 2. Een minimale voorwaarde voor het bestaan van 'misbruik' is een bepaalde wetenschap van de misbruiker. Zonder dat is misbruik ondenkbaar. Men kan niet onbehoorlijk handelen, indien men niet op de hoogte is en dat ook niet kan zijn van de omstandigheden, waarin de wederpartij verkeert. Deze wetenschap van de misbruiker is het kenbaarheidsvereiste voor het bestaan van m.v.o. Bepaalde, nog nader te noemen factoren moeten voor het slagen van een beroep op m.v.o. aan de misbruiker kenbaar zijn geweest.

Deze kenbaarheidseis komt behalve in art. 3.2.10, lid 4 ook in het vijfde lid tot uiting: indien een derde misbruik maakt van omstandigheden en de wederpartij van de benadeelde daar geen kennis van draagt, dan is een beroep op m.v.o. niet mogelijk. Denkbaar is wel een actie ex art. 1401 BW jegens die derde (61).

In art. 3.2.10, lid 4 wordt tweemaal aan de kennis van de misbruiker gerefereerd: 1) er is sprake van m.v.o., indien de misbruiker weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden zoals , wordt bewogen tot het verrichten van een rechtshandeling; 2) terwijl hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvoor behoort te weerhouden.

M.i. ziet de inhoud van hetgeen hij weet of moet begrijpen op de eerstgenoemde wetenschap. Volgens het NBW zijn derhalve zowel kennis van de bijzondere omstandigheden waarin de wederpartij verkeert als kennis van het oorzakelijk verband tussen de bijzondere omstandigheden en het verrichten van de rechtshandeling vereist. Dit laatste acht ik van belang: al draagt men kennis van de omstandigheden waarin de ander verkeert, dan brengt dat nog niet met zich mee dat men tevens weet dat juist die omstandigheden het verrichten van de rechtshandeling veroorzaken. Zowel het feit dat de benadeelde de rechtshandeling niet verricht zou hebben, indien hij zich niet in bijzondere omstandigheden bevond als de wetenschap daaromtrent van de misbruiker zijn soms moeilijk aannemelijk te maken (62).

M.i. zal ook de benadeling van de wederpartij door de rechtshandeling kenbaar moeten zijn aan de misbruiker. Dit aspect mist men uiteraard in de wettekst, daar in art. 3.2.10, lid 4 in het geheel niet over benadeling wordt gesproken. Zoals later aan de orde zal komen (63) acht ik nadeel een onmisbare voorwaarde voor het bestaan van m.v.o. en derhalve ook wetenschap van de misbruiker omtrent dit nadeel (64). Indien de misbruiker niet weet en niet behoeft te weten dat de rechtshandeling in enigerlei opzicht bezwarend is voor de benadeelde, is misbruik niet denkbaar. In de jurisprudentie is tot nu toe slechts één arrest gewezen, waarin expliciet uitspraken worden gedaan omtrent hetgeen aan de misbruiker kenbaar moet zijn geweest: het Penterman/Handgraafarrest (65).

Ik kom tot de conclusie dat de misbruiker kennis dient te dragen van 1) de bijzondere omstandigheden van de benadeelde, 2) het causaal verband tussen de omstandigheden en de totstandkoming van de rechtshandeling en 3) het nadeel dat de wederpartij lijdt ten gevolge van de rechtshandeling. Maar niet vereist is dat de misbruiker deze drie factoren in hun volledige omvang kent. Slechts zoveel kennis is nodig dat de gedraging van de misbruiker als onbehoorlijk kan worden getypeerd.

ad 3. Is het bevorderen van de rechtshandeling door de misbruiker in combinatie met zijn wetenschap voldoende om tot misbruik

te kunnen concluderen? Het wetsontwerp voegt aan de twee vorige zinsneden nog iets toe: 'ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden'. Dit is nu hetgeen Smulders terecht 'tamelijk tautologisch' noemt. Misbruik is volgens de wettekst iets doen wat men niet behoort te doen. Ik mis hier een belangrijk aspect: het aangeven van de reden, waarom men zich behoort te onthouden van het bevorderen van de rechtshandeling. Alleen wetenschap van de benadeling en de omstandigheden is onvoldoende. Ook al bestaat die wetenschap, dan nog kan sprake zijn van enkel het gebruiken van een situatie.

Dit onmisbare aspect, waarop ik reeds een paar maal heb gedoeld, is de redelijke belangenafweging. Misbruik is aanwezig, wanneer de misbruiker, indien hij zijn belangen op redelijke wijze tegen de belangen van zijn wederpartij had afgewogen, de totstandkoming van de rechtshandeling niet had kunnen toelaten. Duidelijk zal zijn dat voor deze belangenafweging wetenschap omtrent de relevante omstandigheden een randvoorwaarde is.

Door het begrip 'belangenafweging' in de formulering van misbruik op te nemen wordt aangegeven, op welk moment de gedraging van de misbruiker onbehoorlijk wordt, zodat hij zich behoort te onthouden van die gedraging.

Hoe dient de afweging van belangen plaats te vinden? Smulders (66) stelt terecht dat men bij het sluiten van de overeenkomst verplicht is mede rekening te houden met de belangen van de wederpartij. Ons recht mag als eis stellen dat men er op bedacht is de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij niet verregaand op te offeren aan de eigen belangen. Anderzijds is het evenwel mogelijk dat men zijn contractspartner in een belang schaadt, terwijl die schade zijn rechtvaardiging vindt in een redelijk eigen belang. Het kan zijn dat men aan dusdanige risico's blootstaat door een bepaalde verplichting op zich te nemen dat men zich daartegen mag indekken door bijvoorbeeld een hoge prijs te berekenen of door het risico, al dan niet in zijn geheel, af te wentelen op de mede-contractant (67).

Grotendeels volg ik de theorie van Smulders omtrent de relevantie van een afweging van de belangen van beide contractanten, maar zijn visie omtrent de - wat hij noemt - marginale toetsing wijs ik af. Hij acht een 'marginale' toetsing door de rechter onwenselijk (68). M.i. kan echter de belangenafweging niet anders dan 'marginaal' worden getoetst. De rechter behoeft niet te onderzoeken of de rechtshandeling de belangen van beide contractanten in gelijke mate dient. Hij behoort slechts na te gaan of met de belangen van beide partijen op redelijke wijze rekening is gehouden. Slechts indien de rechter op grond van de inhoud van de rechtshandeling tot de conclusie komt dat de rechtshandeling zo bezwaarlijk is dat men daartoe in redelijkheid niet had kunnen komen, mag m.i. een beroep op m.v.o. worden toegekend en is

vernietiging gerechtvaardigd. Ware het anders, dan zouden contractsvrijheid en gebondenheid aan het gegeven woord te zeer worden aangetast.

In de jurisprudentie vindt deze opvatting steun. Het meest relevant in dit verband is de formulering die de HR hanteert in het Buma-arrest (69): 'dat van zulk een misbruik sprake zou kunnen zijn, indien de medewerking die van de zaalverhuurders wordt gevraagd voor deze zó bezwaarlijk en nadelig was, dat Buma, rekening houdende met alle bij de door hem ontworpen regeling betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen tot een regeling welke de zaalverhuurders in een positie bracht waarin ze door hun huurders tot zulk een voor hen bezwaarlijke en nadelige medewerking konden worden genoopt'.

Iets meer impliciet vinden we het criterium van de redelijke belangenafweging terug in andere arresten.

Het Hof Amsterdam (70) achtte in het bierafnamegeschil geen enkel redelijk motief voor Vleugels aanwezig, terwijl de brouwerij geen redelijk belang had, daar haar vordering reeds voldoende gedekt werd.

In het Weduwepensioenarrest (71) stelt de HR dat er misbruik is, indien men voordelen bedingt, waarop men in redelijkheid geen aanspraak kan maken.

Het Hof in het Antilliaans fraude-arrest (72): 'Er is slechts misbruik, indien CCC voor zich meer bedongen had dan gerechtvaardigd was op grond van de door de malversaties veroorzaakte schade en in die zin een vordering verkregen had waarop zij geen recht had'.

Tot slot Van der Grinten in zijn noot bij het Van Elmbt/Feierabend-arrest (73): 'Het gedrag van de makelaar was afkeurenswaardig. Hij was alleen uit op eigen voordeel. Het optierecht kon zakelijk niet gerechtvaardigd worden'.

Op grond van het bovenstaande concludeer ik dat 'wetenschap van de omstandigheden' en 'onredelijke belangenafweging' constituerende factoren van het begrip 'misbruik' zijn. Dat zou m.i. ook in de wettekst tot uiting moeten komen. Ik zou derhalve de volgende wijziging voorstaan:

'Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand, die weet., het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hij op grond van hetgeen hij weet of moet begrijpen, rekening houdend met de wederzijdse belangen, daartoe in redelijkheid niet had kunnen komen'.

De bezwaren die Nagelkerke (74) heeft tegen het woord 'daarvan' in de laatste zinsnede van de wettekst deel ik niet. Het woord 'daarvan' slaat op het bevorderen van de totstandkoming van de rechtshandeling. Nagelkerke stelt dat de misbruiker zich niet van het contract als zodanig behoeft te onthouden, maar slechts van een contract met die specifieke inhoud. Dat is juist, maar het woord 'daarvan' ziet m.i. op de concrete overeenkomst met die

specifieke inhoud. Het verhindert niet dat de misbruiker een dergelijke overeenkomst met een gewijzigde inhoud sluit.

c. Het benadelingsvereiste

In art. 3.2.10, lid 4 wordt niet, althans niet met zoveel woorden, vereist dat het misbruik maken van omstandigheden benadeling oplevert voor de wederpartij; in art. 3.2.17c daarentegen is sprake van een wijziging ter opheffing van het nadeel. Deze tegenstelling heeft de literatuur niet onbesproken gelaten (75). De Memorie van Antwoord (76) is m.i. onduidelijk. Enerzijds wordt volgens de Memorie de eis van nadeel niet meer uitdrukkelijk gesteld, anderzijds wordt verwezen naar het arrest Van Elmbt/Feierabend (waarin nadeel nog steeds als constituerende factor wordt gesteld, zij het niet meer in een bepaalde vorm of mate). Voorts wordt vermeld 'dat onder wetenschap uiteraard niet alleen wetenschap van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeert maar ook wetenschap van wat als benadeling zou kunnen worden aangemerkt, moet worden verstaan'. Welke keuze men ook maakt inzake de factor 'benadeling' deze contradictie tussen het wetsartikel en de toelichting daarop is intolerabel.

M.i. verdienen het Ontwerp-Meijers en het RO de voorkeur, daar deze expliciet spreken van 'een bepaalde voor hem nadelige rechtshandeling'.

Alvorens nader in te gaan op de vraag of nadeel een constituerende factor is voor m.v.o., is het zaak de term 'nadeel' nader te precisieren. Terecht merkt Hartkamp (77) op dat 'benadeling' in verschillende betekenissen wordt gebruikt. De oudere literatuur hanteerde de indeling 'objectieve benadelingsleer - subjectieve benadelingsleer', terwijl de moderne literatuur de indeling 'objectief nadeel - subjectief nadeel' in een andere betekenis gebruikt.

In de oudere literatuur werd met de objectieve benadelingsleer het *iustum pretium*-beginsel aangeduid: een overeenkomst is aantastbaar enkel vanwege de ongelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties. De subjectieve benadelingsleer eiste meer dan slechts benadeling: de wil van de contractant dient buitendien onder de druk van bepaalde omstandigheden gevormd te zijn (78). In de moderne literatuur worden herhaaldelijk de termen 'objectief' en 'subjectief' nadeel gebezigd. Met objectief nadeel wordt financieel-economisch, materieel of stoffelijk nadeel bedoeld; de term 'subjectief' betekent in dit verband onstoffelijk of immaterieel nadeel.

Ik neem deze begrippen uit de moderne literatuur over: van objectief nadeel is sprake indien de rechtshandeling een te eenzijdige financieel-economische last op de handelende legt, bijvoorbeeld door het ontbreken van een contra-prestatie, door de ongelijkheid van de wederzijdse prestaties of door belastende exoneration- c.q.

vrijwaringsbedingen.

Het begrip 'subjectief nadeel' laat zich wat moeilijk verwoorden. Subjectief nadeel is al datgene waardoor men in een ongunstiger positie geraakt zonder dat dit in geld kan worden uitgedrukt. Men kan daarbij denken aan rechtshandelingen, waarmee men juist dát bereikt wat men wilde voorkomen (79), aan rechtshandelingen die niet zozeer materieel onvoordelig als wel in de omstandigheden van de handelende onverstandig zijn (80) - zoals in het Penterman/Handgraaf-arrest (81) de verkoop van het huis onverstandig was, onder meer omdat de verkoopster nog over andere middelen beschikte om haar opname in het bejaardentehuis te kunnen betalen -, aan rechtshandelingen, die iemand met te grote schulden belasten, hoewel de prestaties op zich economisch gelijkwaardig zijn, aan het onder druk, eventueel tegen betaling, afstaan van zaken waar- aan men bijzonder gehecht is (82), etc.

De literatuur blijkt sterk verdeeld te zijn over de vraag of m.v.o. altijd benadeling impliceert en, indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, welke vorm van nadeel voldoende is. Zo eisen Van Zeben (83) en Scholten (84) objectief nadeel voor alle vormen van m.v.o. De schrijvers die objectief nadeel een onmisbare voorwaarde voor m.v.o. achten, baseren deze keuze veelal op de rechtszekerheid die, naar hun mening, daardoor wordt gediend. Meijers (85), Stein (86), Van Schilfgaarde (87), Bloembergen (88), Nagelkerke (89), Hartkamp (90) en Smulders (91) achten - zij het dat enkelen van hen aarzelen - subjectief nadeel voldoende voor m.v.o. dan wel voor één bepaalde categorie m.v.o., nl. het misbruiken van geestelijk overwicht (92).

Van der Grinten ziet financieel nadeel niet als een constituerende factor. Hij is van mening dat het zinloos is om nadeel in morele of ideële zin een constituerende factor te noemen; volstaan zou z.i. kunnen worden met de eis dat zonder het misbruik de overeenkomst niet aangegaan zou zijn.

In dezelfde richting denkt ook Nieuwenhuis (93), getuige zijn opmerking: 'evenzeer als nadeel zonder misbruik is ook misbruik zonder nadeel mogelijk. Nadeel schept een vermoeden van misbruik, maar niet meer dan dat'.

In zijn visie verdwijnt nadeel als vereiste, maar geeft het wel een vermoeden van het bestaan van m.v.o., daar juist het nadeel aannemelijk maakt dat zonder m.v.o. de overeenkomst niet gesloten zou zijn (causaliteitsvereiste).

M.i. vereenzelvigen beide schrijvers te zeer het nadeelvereiste en de causaliteitseis. Beide zijn zelfstandige begrippen. Naast het causaal verband tussen de omstandigheden waarin de handelende verkeert en het aangaan van de overeenkomst zal nadeel in enigerlei vorm dienen te worden aangetoond. Indien immers aangetoond dient te worden dat zonder m.v.o. de rechtshandeling niet zou zijn verricht, dan zal in dat verband tevens moeten worden aangegeven waaróm de rechtshandeling niet zou zijn verricht.

Daarmee wijst men op de nadelen die de rechtshandeling voor de handelende heeft teweegebracht. Ik volg derhalve de opvatting van Bloembergen (94): 'Het lijkt erop alsof het begrip nadeel wordt uitgehold door het ook in niet-financiële zin op te vatten, maar benadeling als eis te stellen is toch nuttig, want het dwingt de rechtstoepasser na te gaan of er inderdaad sprake is van een ongunstiger positie'. Dit betekent overigens niet dat ik de benadeling als de grondslag van m.v.o. beschouw. De grond voor de aantastbaarheid van een rechtshandeling die onder invloed van m.v.o. is verricht, is niet gelegen in het nadeel dat de handelende wordt toegebracht, maar in het feit dat zijn wil tengevolge van m.v.o. gebrekkig is.

M.i. dient echter het vereiste dat het misbruik maken van omstandigheden zich uit in nadeel voor de handelende onverkort te worden gehandhaafd en wel om de volgende redenen:

1. Misbruik is niet denkbaar zonder dat de handelende in een ongunstiger positie geraakt. Indien misbruik wordt omschreven als het bevorderen van een rechtshandeling, terwijl een redelijke belangenafweging de misbruiker daarvan had behoren te weerhouden, dan is duidelijk dat het ontbreken van een dergelijke belangenafweging slechts geconstateerd kan worden aan de hand van het door de rechtshandeling veroorzaakte nadeel.

De overwegende reden om welke Nieuwenhuis nadeel als zelfstandig vereiste voor m.v.o. laat vallen, is gelegen in het onderbrengen van m.v.o. bij de wilsgebreken. Het nadeelvereiste past z.i. niet bij het karakter van een wilsgebrek. Deze opvatting deel ik niet. Ten aanzien van zowel bedrog als dwang - dwaling laat ik buiten beschouwing, daar bij dwaling geen sprake behoeft te zijn van een onzorgvuldige gedraging van de wederpartij van de dwalende - behoeft geen nadeelvereiste te worden gesteld. Bedrog en dwang zijn op zichzelf reeds verwerpelijke gedragingen, waarvan het bestaan op grond van andere elementen dan benadeling kan worden aangetoond. M.v.o. is een andersoortig wilsgebrek: ter bepaling van de grens tussen gebruik en misbruik, tussen acceptabel en verwerpelijk gedrag is het nadeelvereiste noodzakelijk. Dit neemt overigens niet weg dat benadeling slechts een onmisbaar symptoom en niet de wezenlijke grond voor de aantastbaarheid op grond van m.v.o. is.

Ofschoon Nieuwenhuis de sine qua non - status van het element 'nadeel' afwijst, haalt de schrijver dit toch weer binnen door het hanteren van het begrip 'een redelijke verdeling van de risico's' (95).

2. Indien men het nadeelvereiste zou laten vallen, zouden teveel rechtshandelingen aantastbaar worden. Er is in tal van contractuele relaties een zeker economisch of geestelijk overwicht van de ene partij op de andere. Slechts zelden zullen beide partijen in deze twee opzichten volkomen gelijkwaardig zijn. Het komt m.i. veelvuldig voor dat een partij in een geestelijk of economisch

zwakkere positie of noodtoestand verkeert zonder dat sprake is van m.v.o., omdat de belangen van de ene partij niet eenzijdig worden opgeofferd. Hoewel ik de rechtszekerheid niet onder alle omstandigheden als hoogste rechtvaardiging van rechtspolitieke keuzen beschouw, ben ik van mening dat in dit geval de rechtszekerheid te veel schade wordt toegebracht, indien m.v.o. aanwezig zou worden geacht zonder dat de litigieuze rechtshandeling een bepaalde benadeling veroorzaakt.

3. Ook indien er geen sprake is van enigerlei nadeel, is het denkbaar dat de wil van de handelende zich onvrij gevormd heeft. Ik denk aan het geval dat een schoonzoon zijn demente schoonmoeder ertoe weet over te halen hem een schilderij, waarop hij al lang zijn zinnen heeft gezet, te verkopen tegen een 'rechtvaardige prijs'. In een dergelijk geval is er geen m.v.o., al zou de schoonzoon zijn schoonmoeder met onbehoorlijke middelen tot de verkoop hebben overgehaald, indien geen financieel of immaterieel nadeel aantoonbaar is. Men zal zijn toevlucht kunnen nemen tot het ontbreken van toestemming, daar de handelende niet (meer) in staat is haar wil te bepalen of eventueel tot het wilsgebrek dwang. Met dit voorbeeld tracht ik aan te tonen dat het stellen van een nadeelvereiste voor m.v.o. niet leidt tot een tekortschieten van de rechtsbescherming, maar dat in een situatie als de bovengeschetste andere rechtsmiddelen ten dienste staan.

Ik erken dat immaterieel nadeel geen duidelijk omljnd begrip is. Toch acht ik het juist voor m.v.o. deze eis te stellen. Is er geen enkel nadeel voor de handelende aan te wijzen, dan zoeken men zijn heil bij dwang, dwaling of bedrog dan wel het ontbreken van toestemming.

Voor alle categorieën van m.v.o. kan het nadeel zowel objectief als subjectief van aard zijn. Veelal zal er bij misbruik van economische positie of noodtoestand sprake zijn van objectief nadeel, terwijl bij misbruik van geestelijk overwicht subjectief nadeel eer voorstelbaar is. Er is echter geen reden om bij de eerste twee groepen objectief nadeel als absoluut vereiste te stellen, terwijl bij de laatste groep subjectief nadeel voldoende wordt geacht. Ook Hartkamp (96) vindt dat er bij misbruik van benarde situatie - zoals hij de eerste twee groepen noemt - geen financieel nadeel behoeft te zijn. Hij noemt als voorbeelden niet-financieel bezwaarlijke huurbedingen en een geval van een te hoge transfersom, waardoor een voetballer niet van zijn club weg kan.

Mijn conclusie luidt derhalve dat benadeling een voorwaarde voor het bestaan van m.v.o. is, maar dat subjectief nadeel voldoende is voor elke categorie van m.v.o. M.i. vindt deze opvatting voldoende steun in de recente jurisprudentie van de HR (97). Zoals ik boven reeds aangaf is het NBW onduidelijk over het benadelingsvereiste. Gezien de verwijzing naar het arrest Van Elmbt/Feierabend en gezien de redactie van art.3.2.17.c mag worden

aangenomen dat het NBW de in dat arrest neergelegde opvatting van de HR - nadeel is vereist, maar elke vorm of mate is voldoende - volgt. Een wijziging van art.3.2.10, lid 4 lijkt mij echter noodzakelijk om de bestaande dubbelzinnigheid uit de wereld te helpen. De zinsnede 'bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling' dient veranderd te worden in 'bewogen wordt tot een voor hem nadelige rechtshandeling'. Uit de Toelichting kan dan blijken dat geen bepaalde mate of vorm van het nadeel vereist is.

d. 'door bijzondere omstandigheden zoals..... bewogen worden tot het verrichten van een rechtshandeling'.

Deze zinsnede geeft het vereiste causaal verband tussen de omstandigheden waarin de handelende verkeert en het verrichten van de rechtshandeling weer. Dit oorzakelijk verband kan een moeilijk aan te tonen factor zijn. Het RO bevatte een vermoeden van m.v.o. indien ernstig nadeel en noodtoestand, afhankelijkheid etc. bewezen waren. Dit wettelijk vermoeden lijkt tegemoet te komen aan de bewijsmoeilijkheden met betrekking tot het causaliteitsvereiste. Toch is dit wettelijke vermoeden terecht geschrapt. Het is vrij zinloos, nu omstandigheden en nadeel eerst bewezen moeten zijn, en bovendien onjuist, daar het teveel nadruk legt op de factoren 'nadeel' en 'omstandigheden'. Het Voorlopig Verslag (98) stelt terecht dat 'de rest' (m.i. worden de factor 'misbruik' en het causaal verband bedoeld) een kwestie van appreciatie is.

Dat het soms bezwaarlijk kan zijn voor degene die op m.v.o. een beroep doet om aan te tonen dat hij, indien hij niet in bijzondere omstandigheden verkeerde, de rechtshandeling nimmer, althans nimmer met die inhoud, verricht zou hebben, moge blijken uit een zaak, die vrij onlangs voor de Rb. Arnhem diende (99). Partijen Soyer jr. en Hartog waren sinds 1968 buiten gemeenschap van goederen gehuwd. De huwelijksrelatie was slecht. In 1974 leende Soyer sr. geld aan zijn zoon zodat deze een bedrijf in sanitaire artikelen zou kunnen opbouwen. Enige tijd later ondertekent Hartog een notariële akte terzake van deze geldlening als hoofdelijk schuldenares tezamen met haar man. In oktober 1975 wordt op gemeenschappelijk verzoek van de echtelieden het huwelijk ontbonden. Wanneer daarna Soyer jr. failliet gaat, wordt krachtens art.4 van de akte van geldlening de vordering terstond opeisbaar en eist Soyer sr. in rechte betaling van de geleende geldsom van zijn ex-schoondochter. Hartog beroept er zich op dat de overeenkomst in strijd met de goede zeden is in verband met het misbruik dat Soyer sr. heeft gemaakt van de omstandigheden, waarin zij ten tijde van de ondertekening verkeerde. Hartog voert aan dat zij, wanneer het er haar niet om was gegaan haar huwelijk met Soyer's zoon in stand te houden, nimmer op het voorstel van Soyer sr. was ingegaan zich mede aansprakelijk

te stellen voor de schuld van zijn zoon. Soyer sr. had aan Hartog voorgehouden dat zij van haar oprechte wens haar huwelijk te redden blijk kon geven door zich als hoofdelijk schuldenaar te verbinden.

Het knelpunt in deze procedure was het aantonen van het bestaan van causaal verband tussen de omstandigheden, waarin Hartog verkeerde en het ondertekenen van de akte van geldlening. Had zij inderdaad de akte van geldlening slechts ondertekend vanwege de omstandigheden, waarin ze verkeerde? De Rb. legt Hartog een aanvullende eed op met de volgende inhoud: 'Ik zweer (beloof) dat partij Soyer mij heeft bewogen tot het ondertekenen van de akte van geldlening van 14 augustus 1974 door mij voor te houden dat ik door mij mede schuldig te verklaren jegens mijn toenmalige echtgenoot zou doen blijken van mijn stellig verlangen het huwelijk met hem in stand te doen blijven'.

Daar in de onderhavige zaak het accent lag op het oorzakelijk verband tussen de omstandigheden, waarin Hartog verkeerde en het verrichten van de rechtshandeling, was het m.i. juist geweest, indien in de eedsopdracht niet was gesproken over 'een bewogen worden door Soyer' maar 'een bewogen worden door de omstandigheden'. In de overwegingen voorafgaande aan de eedsopdracht formuleert de Rb. juist: 'de vrouw wordt daardoor in een zodanig afhankelijke positie geplaatst dat zij haar medewerking moeilijk, althans veel minder gemakkelijk dan onder normale omstandigheden, kan weigeren'. Uit deze zinsnede blijkt duidelijk dat de omstandigheden de oorzaak moeten zijn van de ondertekening. In dit geschil waren de benadeling, de afhankelijke positie en het misbruik (de schoonvader wist nl. dat het huwelijk van zijn zoon slecht was) vrij duidelijk, maar het feit, dat Hartog zonder de omstandigheden waarin ze verkeerde niet mede-ondertekend zou hebben, was voor haar met andere middelen zo moeilijk aantoonbaar, dat de Rb. haar een aanvullende eed oplegde.

Causaal verband tussen de omstandigheden waarin de handelende verkeert en het verrichten van de rechtshandeling is een element van m.v.o. dat veelal niet rechtstreeks te bewijzen is. Volstaan kan en moet worden met aannemelijk maken dat men de rechtshandeling onder andere omstandigheden niet verricht zou hebben. Hiertoe is een wettelijk vermoeden niet noodzakelijk. Een dergelijk vermoeden heeft als nadeel dat het te veel de elementen 'benadeling' en 'omstandigheden' benadrukt en te weinig ruimte laat voor de zelfstandige betekenis van het causaliteitsvereiste en de factor 'misbruik'.

Conclusie

Het verdient aanbeveling de omstandigheden, waarvan misbruik kan worden gemaakt, te verdelen in drie categorieën:

misbruik van economisch overwicht, misbruik van noodtoestand en misbruik van geestelijk overwicht, vanwege de eigen kenmerken van deze drie groepen.

Het begrip 'misbruik' dient als een zelfstandige factor te worden beschouwd. De zinsnede 'het bevorderen van het verrichten van de rechtshandeling, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden' is te zwak. Misbruik is aanwezig, indien iemand terwijl hij kennis draagt van de omstandigheden waarin de ander verkeert en van het nadeel dat de rechtshandeling voor die ander oplevert in redelijkheid, gezien de wederzijdse belangen, niet tot het bevorderen van die rechtshandeling had kunnen komen. Belangenafweging speelt een centrale rol bij het begrip 'misbruik'.

Benadeling dient als constituerende factor uitdrukkelijk te worden opgenomen in art. 3.2.10, lid 4. Voor alle categorieën van m.v.o. kan dit nadeel zowel objectief als subjectief van aard zijn.

Het oorzakelijk verband tussen de bijzondere omstandigheden waarin de handelende verkeert en het verrichten van de rechtshandeling is een onderwerp dat in de literatuur nauwelijks aan bod komt. Toch kan de causaliteitseis in een procedure een belangrijke rol spelen, juist daar het oorzakelijk verband als zelfstandig element veelal moeilijk te bewijzen is. De rechter zal dienen uit te maken of de omstandigheden en de ongunstige positie zo duidelijk zijn dat aannemelijk is dat de rechtshandeling slechts is verricht vanwege de bijzondere omstandigheden.

6.4. Vernietiging in en buiten rechte (artt.3.2.13 t/m 15 en 17b)

Ingevolge art.3.2.13 NBW kan een rechtshandeling die onder invloed van m.v.o. tot stand is gekomen, worden vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring hetzij door een rechterlijke uitspraak.

Degene in wiens belang de vernietigbaarheid is vastgesteld, dient de buitengerechtelijke verklaring te richten tot hen die partij waren bij de rechtshandeling of bij een eenzijdige rechtshandeling tot die personen tot wie zij gericht was; was zij niet tot één of meer bepaalde personen gericht, dan dient de verklaring gericht te worden tot hen die onmiddellijk belanghebbenden zijn bij de instandhouding van de rechtshandeling (art.14, lid 1). Een beroep in rechte op de vernietigbaarheid dient door dezelfde persoon tegen dezelfde perso(n)en, als in de vorige zin genoemd, te worden gedaan (art.15). Wanneer op de rechtshandeling reeds enigelei uitvoering is gevolgd of indien zij met een feitelijke handeling gepaard is gegaan, heeft een buitengerechtelijke verklaring slechts vernietigende werking, indien degenen tot wie zij was gericht in de vernietiging berusten (art.14, lid 2). Behoudens

berusting dient dan de weg van de gerechtelijke vernietiging te worden gevolgd. In dat geval is namelijk behalve vernietiging ook een ongedaanmaking van de uitvoering van de overeenkomst nodig (100).

Indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt benadeeld de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt (art. 17b). Dit artikel is zowel van toepassing op de vernietiging in als op de vernietiging buiten rechte (101).

Het meest significant in de bovengenoemde wetsartikelen is het twee-wegenstelsel; de weg van de buitengerechtelijke verklaring waardoor een rechtshandeling vernietigd wordt en het beroep in rechte op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling. Ik deel de bezwaren van Bloembergen (102) tegen dit systeem. M.i. is één methode van vernietiging voldoende, maar anders dan Bloembergen opteer ik voor de vernietiging door de rechter.

Van tweeën één: óf partijen zijn het er over eens dat een rechtshandeling door m.v.o. tot stand is gekomen. In dat geval zullen zij in een gezamenlijke regeling de inhoud van de rechtshandeling wijzigen dan wel de rechtshandeling geheel ongedaan maken. Een verklaring van vernietiging door de ene partij jegens zijn wederpartij is dan overbodig, daar partijen samen tot een oplossing komen. Denkbaar is dat partijen het wel eens zijn over het bestaan van m.v.o., maar niet over de wijze waarop de reeds begonnen uitvoering van de rechtshandeling teruggedraaid kan worden. In dat geval is rechterlijke tussenkomst noodzakelijk.

Óf de wederpartij van de handelende ontkent dat er sprake is van m.v.o. De toestand is dan hoogst onduidelijk. De rechter zal dit conflict moeten oplossen. Mogelijk is dat de handelende als eiser een beroep in rechte op de vernietigbaarheid doet, maar ook dat zijn wederpartij nakoming vraagt en dat de handelende als verweer een beroep op m.v.o. doet. De rechter kan, indien hij m.v.o. vaststelt, de rechtshandeling vernietigen of op verzoek van één van beide partijen de rechtshandeling wijzigen. Ik concludeer dat, indien partijen het oneens zijn over het bestaan van m.v.o. of over de ongedaanmaking van de rechtshandeling, rechterlijke tussenkomst aan de rechtszekerheid het meest tegemoet komt. De rechter kan dan vernietigen of op verzoek wijzigen of, indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling moeilijk ongedaan te maken zijn, een uitkering in geld aan de benadeelde toekennen. Indien partijen het eens zijn over de aanwezigheid van m.v.o. en de afwikkeling van hun rechtsverhouding, is vernietiging in of buiten rechte overbodig.

6.5. Wijziging door de wederpartij of door de rechter in plaats van vernietiging (art.3.2.17c, lid 1 en 2)

Art. 17c opent de mogelijkheid tot wijziging van de rechtshandeling die door m.v.o. tot stand is gekomen in plaats van de vernietiging daarvan.

Ingevolge art. 17c, lid 1 NBW vervalt de bevoegdheid tot vernietiging van een rechtshandeling op grond van m.v.o., wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft.

De rechter kan ex art. 17c, lid 2 NBW op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens m.v.o. uit te spreken, de gevolgen van de rechtshandeling ter opheffing van het nadeel wijzigen.

Art. 17c is slechts van toepassing op meerzijdige rechtshandelingen (103). Bij een eenzijdige rechtshandeling zal vernietiging veelal de aangewezen weg zijn, tenzij de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. In dat geval kan de rechter aan degene die onbillijk wordt beoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de benadeelde partij (art. 17b).

Art. 17c beperkt zich tot het wilsgebrek m.v.o., omdat slechts bij dit wilsgebrek nadeel dat door afdoende wijziging opgeheven kan worden, een wezenlijk element is. Reeds eerder heb ik gesteld dat wijzigen van de rechtshandeling soms een bevredigender oplossing is dan vernietiging (104). De vraag rijst aan wie het wijzigingsrecht moet toekomen. Art. 17c, lid 1 geeft slechts aan de wederpartij het recht om een wijziging voor te stellen, die, indien ze het nadeel afdoende opheft, de bevoegdheid tot vernietiging voor de benadeelde laat vervallen. De benadeelde heeft dit recht van wijziging niet. Van Zeben (105) betreurt dat het wetsontwerp de bevoegdheid tot wijziging in de handen van een der partijen legt. Hij vreest voor veel procedures over de vraag of het nadeel wel afdoende opgeheven is. Ik vraag me af of deze vrees wel op haar plaats is. Indien de wederpartij een wijziging voorstelt, zijn partijen het er in het algemeen over eens dat de rechtshandeling door m.v.o. totstandgekomen is. Slechts de wijze waarop de rechtsverhouding van partijen het meest bevredigend geregeld kan worden, kan eventueel conflicten opleveren. Men bedenke dat de wijziging afdoende moet zijn. Of dat zo is, kan door de rechter worden getoetst. Het feit dat de rechter het laatste woord heeft inzake de toereikendheid van de wijziging, zal de misbruiker prikkelen tot het zoeken naar een voldoende wijziging.

Anders dan Van Zeben acht Stein (106) het juist dat de wederpartij het keuzerecht heeft tussen wijziging of ongedaanmaking van de rechtshandeling.

Wij zien dus in art. 17c, lid 1 de bevoegdheid van de wederpartij om te wijzigen, althans om een voorstel tot wijziging te doen, welk voorstel de benadeelde wel moet accepteren, daar het, indien het nadeel afdoende wordt opgeheven, de bevoegdheid tot vernietiging doet vervallen. Ik ben van mening, dat deze mogelijkheid terecht wordt geopend. Indien het niet strikt noodzakelijk is, dient men de rechterlijke tussenkomst, nu partijen al overeenstemmen omtrent het bestaan van m.v.o., te vermijden. Art. 17c, lid 1 biedt de wederpartij een zekere bescherming. Dit is juist, daar, indien een wijziging het nadeel afdoende kan opheffen, daarmee een van de wezenlijke elementen voor een vernietigingsactie op grond van m.v.o. vervalt. Het is billijk ten opzichte van de misbruiker dat de benadeelde wél gebonden is aan een rechtshandeling die hem geen nadeel (meer) oplevert.

Zowel Stein als Van Zeven (107) wijzen de mogelijkheid af dat de benadeelde zelf de rechtshandeling kan wijzigen. Stein noemt als bezwaar dat, in het geval dat de benadeelde de bevoegdheid tot wijziging heeft, de wederpartij een rechtshandeling krijgt opgedrongen die hij niet heeft gewild. Ik deel dit bezwaar niet. Er pleit veel voor om bij conversie niet de subjectieve wil, maar de vraag of van de wederpartij verlangd mag worden dat hij door de geconverteerde handeling wordt gebonden, centraal te stellen. Buitendien is ook in het geval dat de wederpartij een wijziging voorstelt, denkbaar dat aan de benadeelde een rechtshandeling wordt opgedrongen die hij liever niet wilde. Indien immers de wijziging het nadeel afdoende opheft, vervalt de bevoegdheid tot vernietiging, ook al zou de benadeelde de voorkeur aan vernietiging gegeven hebben.

Voorts noemen zowel Stein als Van Zeven (108) als bezwaar dat de benadeelde opzettelijk in een voor hem nadelige overeenkomst toestemt om zich later door wijziging aan de nadelige verplichtingen te kunnen onttrekken en zo in een gunstige positie te komen. Dit argument komt mij om tweeërlei reden weinig steekhoudend voor. Eerstens lijkt het mij nauwelijks denkbaar dat de benadeelde om die reden een nadelige overeenkomst aangaat. In deze voorstelling van zaken vergeet men de dwangpositie waarin de benadeelde verkeert en het misbruik dat zijn wederpartij daarvan maakt. En ten tweede komt de benadeelde door de wijziging in het geheel niet in een gunstige positie; hij komt slechts in de positie die hij van meet af aan had behoren te hebben. Het lijkt wellicht te veel verlangd dat iemand die door een wijziging zijn eigen nadelige positie kan opheffen dit op een redelijke wijze en in een redelijke mate doet. Echter óók de benadeelde zou, indien hij het recht had een wijziging voor te stellen, weten dat indien zijn wijzigingsvoorstel niet voldoet aan het criterium toereikendheid - en niet méér dan dat - toetsing door de rechter plaats zal kunnen vinden. Dit besef zou hem van al te extravagante voorstellen afhouden.

Ingevolge art. 17c, lid 2 kan ook de rechter op verzoek van een der partijen wijzigen in plaats van vernietigen. Dit doet zich slechts voor, indien de misbruiker nakoming dan wel de benadeelde vernietiging vraagt. Partijen zijn het in een dergelijk geval niet eens over de gebrekkigheid van de rechtshandeling. Terecht wordt in een zodanig stadium de wijzigingsbevoegdheid aan de rechter overgelaten en niet meer aan partijen. De rechter heeft in deze een discretionaire bevoegdheid (109). Hij kan wijzigen op verzoek van een der partijen. Indien wijziging hem onvoldoende voorkomt zal hij echter de vernietiging uitspreken. Tot slot nog dit: art. 3.2.17c zal toepassing missen in de gevallen dat door geen enkel wijzigingsvoorstel het nadeel afdoende kan worden opgeheven. Een ongedaanmaking door partijen of vernietiging door de rechter zal dan het enige alternatief zijn. Met name is deze situatie denkbaar bij immaterieel nadeel.

6.6. Verjaring van het beroep in rechte en bevestiging van de rechtshandeling (artt. 3.2.17, 17a en 3.2.18)

Art. 17, lid 1 sub b luidt: 'De bevoegdheid om in rechte beroep te doen op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling verjaart: in geval van bedreiging of misbruik van omstandigheden, één jaar nadat deze invloed heeft opgehouden te werken'.

De verjaringstermijn van één jaar geldt slechts voor de gerechtelijke vordering tot vernietiging. Daar de buitengerechtelijke verklaring slechts kan geschieden, zolang er nog niet enigerlei uitvoering op de rechtshandeling is gevolgd behoudens berusting in de vernietiging door de wederpartij, is verjaring van de bevoegdheid tot buitengerechtelijke vernietiging overbodig (110).

Binnen één jaar nadat de invloed heeft opgehouden, dient het beroep in rechte op de vernietigbaarheid te hebben plaatsgevonden. Bloembergen (111) heeft bezwaren tegen deze formulering, daar hij onder 'deze invloed' de invloed van de misbruiker verstaat, welke volgens hem op het tijdstip van de totstandkoming van de rechtshandeling reeds ophoudt. Bloembergen stelt deswege voor om de bepalingen te lezen als 'één jaar nadat deze (lichtzinnigheid, onervarenheid of geestelijke abnormaliteit) omstandigheden zijn opgehouden te werken. Ik ben van mening dat Bloembergen hiermee een weliswaar juiste, maar overbodige oplossing aan draagt. M. i. is duidelijk dat art. 3.2.17, lid 1 sub b met 'deze invloed' de invloed van de omstandigheden bedoeld en niet de invloed van de misbruiker. Zoals boven (112) reeds uiteengezet dient er immers een causaal verband te bestaan tussen de omstandigheden, waarin de benadeelde verkeert en het verrichten van de rechtshandeling en niet tussen het gedrag van de misbruiker en het verrichten van de rechtshandeling.

Ingevolge art. 3.2.17a kan een beroep in rechte op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling als verweer tegen een op die rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel steeds worden gedaan. Volgens Meijers (113) is de bedoeling van de bepaling dat, zolang de wederpartij stilzit en blijkbaar geen gebruik wil maken van de gebrekkige rechtshandeling, de andere partij niet zijnerzijds het initiatief tot een procedure behoeft te nemen.

In het NGO (114) is aan art. 3.2.17a een tweede lid toegevoegd. Degene die overeenkomstig het eerste lid een beroep op vernietigbaarheid doet, is verplicht zo spoedig mogelijk daarvan mededeling te doen aan alle in art. 14, lid 1 bedoelde personen die niet in het geding zijn verschenen.

Art. 3.2.18, lid 1 tenslotte bepaalt dat door bevestiging door degene die kan vernietigen, nadat de verjaringstermijn van de vernietiging een aanvang heeft genomen, de bevoegdheid tot vernietiging van een rechtshandeling vervalt.

Deze regeling geldt zowel voor de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring als voor het beroep in rechte op de vernietigbaarheid (115). Bovendien kan ingevolge het tweede lid een onmiddellijke belanghebbende, nadat de termijn een aanvang heeft genomen, aan degene die kan vernietigen een redelijke termijn stellen om te kiezen tussen een bevestiging en een vernietiging. De goede trouw gebiedt dat de belanghebbende niet te lang in onzekerheid over de geldigheid van de rechtshandeling wordt gelaten.

Bevestiging is pas mogelijk, nadat de verjaringstermijn is beginnen te lopen, derhalve bij m.v.o. pas nadat de invloed van de omstandigheden is opgehouden te werken. Terecht, daar anders de bevestiging op haar beurt door m.v.o. tot stand zou kunnen komen en daarmee vernietigbaar zou zijn.

1. Zie par. 6.2 en 6.3.
2. Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz. 2739-2750 en 2766.
3. Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz. 2762 e.v.
4. Ontwerp van een Nieuw Burgerlijk Wetboek, opgesteld door Prof. Mr. E.M. Meijers ingevolge opdracht, verleend bij KB 25-4-1947.
5. Opvallend is het feit, dat Stein in zijn dissertatie, blz. 164 e.v. de tekst van het latere Regeringsontwerp aanduidt als het Ontwerp-Meijers.
6. Toelichting op het Ontwerp voor een NBW door Prof. Mr. E.M. Meijers. Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf, 's-Gravenhage, 1954.
7. Conform zijn antwoord op vragen van de Kamerleden Zeelenberg en Rijkevorsel, Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz. 2762.
8. Kamphuisen, P.W., WPNR 4668, blz. 123.
9. Van Zeven, diss., blz. 112 e.v.
10. Stein, diss., blz. 173.
11. Stein, diss., blz. 17 noot 35; Van Zeven, diss., blz. 109 e.v.; Hijmans van den Bergh, L.J., NJ 1959, blz. 120.
12. Zie hierover par. 6.3 onder d.
13. Voorlopig Verslag, Zitting 1958-1959, 3770.
14. Memorie van Antwoord, Zitting 1970-1971, 3770.
15. Zie over het begrip 'nadeel' verder par. 6.3 onder c.
16. GO, Zitting 1970-1971, 3770.
17. Nader Gewijzigd Ontwerp, Zitting 1976-1977, 3770, no. 13.
18. Handelingen Tweede Kamer, Zitting 1952-1953, blz. 2762 e.v.
19. Conform Van Zeven, diss., blz. 197; Zie echter ook Rb. Rotterdam, 11-9-1978, Personeel Statuut juli/augustus 1979, blz. 61, met noot A.V.M. Struijcken.
20. Nagelkerke, WPNR 5288, blz. 854.
21. Zie ook par. 2.12.
22. Stein, diss., blz. 166.
23. Memorie van Antwoord, Zitting 1970-1971, 3770.

24. Zie hierover ook Smulders, WPNR 5383, blz.177.
25. Van Zeben, diss., blz.111.
26. Zie hierover Hijmans v.d. Bergh, L.J., NJ 1959, blz.121.
27. Zie Cie. Kon. Notariële Broederschap ter bestudering van Boek 3 GO.
28. Conform o.a. Stein, diss., blz.167; Smulders, WPNR 5383, blz.177; Nagelkerke, WPNR 5288, blz.850.
29. Bloembergen, WPNR 5190, blz.426.
30. Hartkamp, NJB 1972, blz.380.
31. Stein, NJB 1972, blz.125.
32. Abas, diss., blz.89 en 90.
33. Smulders, WPNR 5383, blz.178.
34. Stein, diss., blz.167.
35. In dezelfde zin Smulders, WPNR 5383, blz.178.
36. Stein, NJB 1972, blz.124.
37. Zie ook Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.146a.
38. Hofmann-Abas, blz.156.
39. Zie o.a. Bovag II, HR 11-1-1957, NJ 1959, 37.
40. HR 11-1-1957, NJ 1959, 37; HR 24-5-1968, NJ 1968, 252; Hof Amsterdam 3-1-1969, NJ 1969, 89; Hof 's-Hertogenbosch 8-12-1959, NJ 1961, 158; Rb. Amsterdam 29-1-1941, NJ 1941, 347; Rb. Amsterdam 11-2-1941, NJ 1941, 340; Ktg. Gulpen 13-4-1932, NJ 1932, 1082; Rb. Assen 16-11-1971, NJ 1972, 239; HR 30-6-1950, NJ 1952, 36; Rb. Amsterdam 9-10-1934, NJ 1935, 180; Rb. 's-Gravenhage 2-7-1970, NJ 1971, 440; Rb. Rotterdam 20-2-1963, NJ 1963, 382.
41. Zie Nagelkerke, WPNR 5288, blz.849; Bloembergen, WPNR 5190, blz.426; Hondius, E.H., NJB 1974, blz.464.
42. Cfr. de regeling van dwang in art.1360 BW, waarbij ook dreigend nadeel voor iemands vermogen in aanmerking wordt genomen.
43. WPNR 4705, blz.14.
44. HR 31-5-1974, NJ 1974, 435.
45. Stein, diss., blz.168; Hofmann-Abas, blz.156; Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.146.
46. HR 31-5-1974, NJ 1974, 435; HR 29-4-1971, NJ 1972, 336; HR 15-11-1974, NJ 1976, 122; HR 13-1-1922, NJ 1922, 316; Rb. Amsterdam 29-6-1948, NJ 1951, 489.

47. In dit verband zijn de zogenaamde opnamecontracten tussen bejaardente-huizen en toekomstige bewoners interessant. Hierin komen soms bepalingen voor die de vrijheid van de bewoners in ernstige mate aantasten. Ook huis-houdelijke reglementen gaan hierin soms ver.
Zie voor het verband tussen m.v.o. en handelingsonbekwaamheid par.1.1.1.
48. Zie ook Stein, NJB 1972, blz.126.
49. Zij het dat deze eigenschappen slechts rechtens relevant zijn, indien zij extreme vormen aannemen.
50. HR 29-5-1964, NJ 1965, 104; HR 13-6-1975, NJ 1976, 98; HR 18-2-1978, NJ 1978, 227; HR 30-6-1978, NJ 1978, 610.
Zie verder Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.152, 153, 154 en 155.
51. Smulders, WPNR 5383, blz.177.
52. Zie o.a. Van der Grinten, W.C.L., AA XIV, blz.235; Pitlo/Bolweg, blz. 240; Hartkamp, NJB 1972, blz.378; Bloembergen, WPNR 5190, blz.427.
53. Smulders, WPNR 5383, blz.184.
54. Zie o.a. Meijers, WPNR 3372, blz.334 en 335.
55. Zie ook Van Zeven, diss., blz.47 en 48; zo ook de HR in het Kruseman-arrest, HR 13-4-1962, NJ 1964, 366.
56. AA XX, blz.507.
57. Anders Bloembergen, WPNR 5190, blz.427; Stein, NJB 1972, blz.127; Nagelkerke, WPNR 5288, blz.853.
58. Stein, NJB 1972, blz.127.
59. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.854.
60. Zie in dit verband HR 15-11-1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezekamp):'... dat ieder zijn gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde be-langen van zijn wederpartij'.
61. Ik denk aan een situatie overeenkomstig Pos/Van den Bosch (HR 17-11-1967, NJ 1968, 42).
62. Zie hieronder de bespreking van de causaliteitseis.
63. Zie hieronder de bespreking van de benadelingseis.
64. Zie hieromtrent ook Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no. 142.
65. HR 30-6-1978, NJ 1978, 610.
66. Smulders, WPNR 5383, blz.177 e.v.
67. Zie Nagelkerke, WPNR 5288, blz.851, die van mening is dat er in Bovag II géén misbruik werd gemaakt door de garagehouder, daar deze een redelijk eigen belang bij het vrijwaringsbeding had.
68. Smulders, WPNR 5383, blz.181.

69. HR 24-5-1968, NJ 1968, 252.
70. Hof Amsterdam 3-1-1969, NJ 1970, 89.
71. HR 29-4-1971, NJ 1972, 336.
72. HR 31-5-1974, NJ 1974, 435.
73. Van der Grinten, W.C.L., AA XIV, blz.236. Zie in dit verband ook het CBR-arrest, HR 8-12-1961, NJ 1962, 56.
74. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.854.
75. Van Schilfgaarde, P., AA XXI, blz.92; Bloembergen, WPNR 5190, blz. 427; Stein, NJB 1972, blz.123; Nagelkerke, WPNR 5288; Hartkamp, NJB 1972, blz.376; Smulders, WPNR 5383, blz.178; Abas, diss., blz.87; Van der Burght, Gr. en Croes, A.L., Selectie uit het algemeen deel van het verbintenissenrecht, serie privaatrechtelijke begrippen, 1, Groningen, 1974, blz.45.
76. Memorie van Antwoord, Zitting 1970-1971, 3770.
77. Hartkamp, NJB 1972, blz.376. Zie ook Nieuwenhuis, diss., blz.127 e.v.
78. Zie hieromtrent Stein, diss., blz.132.
79. Zie de situatie in het Van Elmbt/Feierabend-arrest.
80. Zie Stein, NJB 1972, blz.125.
81. HR 30-6-1978, NJ 1978, 610.
82. Zie het voorbeeld dat Van der Grinten, W.C.L., gaf in AA XIV, blz.235 e.v.
83. Van Zeben, diss., blz.48 en 51.
84. Scholten, G.J., in zijn noot onder IIR 29-5-1964, NJ 1965, 104.
85. Toelichting bij art.3.2.10, lid 4 Ontwerp-Meijers.
86. Stein, diss., blz.179; NJB 1972, blz.123 e.v.
87. Van Schilfgaarde, P., AA XXI, blz.92.
88. Bloembergen, WPNR 5190, blz.426 en 427.
89. Nagelkerke, WPNR 5288, blz.846 e.v.
90. Hartkamp, NJB 1972, blz.376 e.v.
91. Smulders, WPNR 5383, blz.178 e.v.
92. Ten onrechte wordt in Kluwer Contractenrecht (Wuisman) III, no.143 gesteld dat Van der Grinten en Bloembergen voor psychische beïnvloeding de eis van objectief nadeel stellen.
93. Nieuwenhuis, diss., blz.124 e.v. Zie ook Abas, P., De rol van de rechter bij de bescherming van de individuele vrijheid in het contractenrecht, Praesidium libertatis, Deventer, 1975, blz.59; diss., blz.87.

94. Bloembergen, WPNR 5190, blz.426 en 427.
95. Nieuwenhuis, diss., blz.132.
96. Hartkamp, NJB 1972, blz.378.
97. Zie de arresten, besproken in hoofdstuk twee.
98. Zie Voorlopig Verslag, zitting 1958-1959, 3770, blz.9.
99. Rb. Arnhem 8-2-1979, (nog) niet gepubliceerd.
100. Zie ook Memorie van Antwoord, zitting 1970-1971, 3770, blz.76.
101. Zie Memorie van Antwoord, t.a.p.
102. WPNR 5190.
103. Zie hierover Van Zeben, diss., blz.118.
104. Zie ook de Toelichting Meijers bij art.3.2.16 (oud).
105. Van Zeben, diss., blz.121 e.v.
106. Stein, diss., blz.181 en 182.
107. Stein, diss., t.a.p.; Van Zeben, diss., blz.122.
108. Stein, diss., t.a.p.; Van Zeben, diss., t.a.p.
109. Memorie van Antwoord, zitting 1970-1971, 3770, blz.76 en 77.
110. Zie ook Meijers, Toelichting bij art.3.2.17, blz. 196 (oud).
111. Bloembergen, WPNR 5190, blz.428.
112. Par.6.3. onder d.
113. Meijers, Toelichting art.3.2.17, blz.196 (oud).
114. Handelingen Tweede Kamer, zitting 1976-1977, 3770, no.13.
115. Zie Memorie van Antwoord, zitting 1970-1971, 3770, blz.77.

Samenvatting

1. In deze studie is getracht de plaats die het vitium misbruik van omstandigheden in het Nederlands rechtssstelsel inneemt, nader te bepalen.

In het huidige Burgerlijk Wetboek worden geen algemene bepalingen aan m.v.o. gewijd. Verwonderlijk is dat niet, daar m.v.o. een betrekkelijk nieuwe rechtsfiguur is.

Geleidelijk heeft de overtuiging veld gewonnen dat een rechtshandeling die tot stand is gekomen, terwijl misbruik is gemaakt van de omstandigheden waarin de handelende verkeerde, op die grond aantastbaar dient te zijn. Er tekent zich een spanningsveld af tussen het beginsel van de rechtszekerheid en dat van de billijkheid.

Ten behoeve van een stabiel handels- en maatschappelijk verkeer is vereist, dat men kan vertrouwen op de geldigheid van het eenmaal gegeven woord. Deze regel kent echter uitzonderingen. Het is denkbaar dat een rechtshandeling is verricht onder zodanige omstandigheden, dat men in redelijkheid niet mag vertrouwen op de geldigheid daarvan. Dit is het geval, indien bepaalde omstandigheden iemand tot een rechtshandeling brengen, bij welker totstandkoming misbruik wordt gemaakt van die omstandigheden.

2. Verscheidene bepalingen in de Nederlandse wetgeving houden verband met m.v.o. Dit verband is met name te constateren in de bepalingen omtrent de koop op afbetaling (artt. 1576-1576x BW), de Tijdelijke wet huurkoop onroerend goed en de Colportagewet. Slechts in één enkel geval noemt de wetgever m.v.o. expliciet: art. 225, lid 1, boek 1 BW. Het behoeft geen verbazing te wekken, de term m.v.o. juist hier aan te treffen, daar het eerste boek van het BW onderdeel vormt van het NBW, waarin in het tot op heden niet ingevoerde boek 3 m.v.o. als algemeen wilsgebrek is opgenomen. Bedacht dient wel te worden, dat een beroep op m.v.o. ex art. 225, lid 1 BW slechts mogelijk is, indien deze invloed tijdens de minderjarigheid van de handelende heeft plaatsgevonden.

3. Het Bovag II-arrest, 11-1-1957, NJ 1959, 37 mag worden beschouwd als het begin van een jurisprudentie omtrent m.v.o. Sederdien heeft in de jurisprudentie een uitdieping van het begrip plaatsgevonden. De HR is immer gebleven bij de constructie voor welke hij in zijn eerste arrest heeft gekozen: een over-

eenkomst kan een geoorloofde oorzaak ontberen, indien bij de totstandkoming daarvan misbruik is gemaakt van omstandigheden. Deze constructie is niet fraai. Het begrip 'oorzaak' wordt te ver uitgerekt, indien men hiertoe de omstandigheden waaronder een overeenkomst is gesloten, rekent. Noch de inhoud, noch de strekking is op zich zelve ongeoorloofd.

Aan een verheldering van de inhoud van het vitium heeft de rechtspraak ruimschoots bijgedragen: met name in het Buma/Brinkmann-arrest wordt de grens tussen gebruik maken en misbruik maken aangescherpt. Duidelijk wordt dat het accent verschuift naar de elementen 'misbruik' en 'omstandigheden', terwijl 'benadeling' een minder centrale positie in gaat nemen.

4. De nulliteitsgevolgen van de ongeoorloofde oorzaak-constructie worden in het bijzonder in de oudere literatuur als een bezwaar tegen deze constructie gezien. Men wijst in het algemeen de gedachte af dat ook de misbruiker een beroep op de nietigheid van de rechtshandeling zou kunnen doen. Dit bezwaar is achterhaald. Van verscheidene zijden onderschrijft men de stelling dat de werking van de nietigheid zich niet verder mag en behoeft uit te strekken dan tot het doel dat met de nietigheid wordt beoogd. Ongeacht de constructie voor welke gekozen wordt, leidt m.v.o. tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling, waarbij slechts de handelende een beroep op de ongeldigheid toekomt.

Voor wat betreft de omvang van de nietigheid, kan zich een zodanige verscheidenheid van gevallen voordoen, dat van geval tot geval nagegaan dient te worden of m.v.o. leidt tot algehele dan wel partiële nietigheid van de rechtshandeling.

Conversie zal zich bij m.v.o. veelal beperken tot matiging van de verplichtingen van de benadeelde. Conversie is zonder wettelijke grondslag slechts mogelijk, indien de subjectieve partijwil niet van overwegend belang wordt geacht. Daar de ratio van m.v.o. gericht is op bescherming van de benadeelde, is, naar mijn mening, een objectief criterium noodzakelijk.

5. De iustum pretium-leer wordt niet als zodanig aanvaard in het Nederlandse positieve recht. Wetsbepalingen die in eerste instantie op het tegendeel lijken te wijzen, blijken veelal bij nadere beschouwing op een andere, achterliggende gedachte te berusten.

Een zeker verband valt te constateren tussen het iustum pretium-beginsel en m.v.o. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de HR in het Bovag II-arrest: enkel een wanverhouding van prestaties is op zichzelf niet voldoende om een clausele in strijd met de goede zeden te verklaren; dit is echter wel mogelijk in verband met bijkomende omstandigheden, zoals misbruik van omstandigheden.

Terwijl in de iustum pretium-leer de wanverhouding tussen de

wederzijdse prestaties het belangrijkste element is, valt bij m.v.o. de nadruk op de ongelijkheid van de bij de rechtshandeling betrokken partijen.

Het oorspronkelijke iustum pretium-beginsel en m.v.o. groeien steeds verder uiteen, daar het benadelingsvereiste, dat centraal staat in de leer van het iustum pretium, in de jurisprudentie en (toekomstige) wetgeving omtrent m.v.o. steeds verder wordt teruggedrongen, terwijl de factoren 'misbruik' en 'omstandigheden' aan aandacht winnen.

6. M.v.o. dient te worden beschouwd als een wilsgebrek náást dwang, dwaling en bedrog, daar het zodanige eigen kenmerken bezit dat het onderbrengen daarvan bij de drie klassieke wilsgebreken, deze laatste buiten hun algemeen aanvaarde grenzen zou uitbreiden.

De literatuur kent in het algemeen aan m.v.o. het karakter van wilsgebrek toe, maar acht deze constructie niet geoorloofd zonder een daartoe strekkende wettelijke regeling, daar de opvatting wordt gehuldigd dat de wilsgebreken in het huidige BW limitatief zijn geregeld.

Ik deel deze zienswijze niet. Ten aanzien van m.v.o. doet zich een leemte in de wet voor. Hoewel uitbreiding van de wilsgebreken buiten de wet om op bezwaren kan stuiten, is er in dit geval, waarin het vitium vrij algemeen als in wezen een wilsgebrek wordt beschouwd en ook als zodanig wordt neergelegd in het NBW, een rechtvaardiging om anticiperend te werk te gaan.

Overigens is het, gezien de laatste arresten, niet aannemelijk dat de HR op dit punt om zal gaan.

7. Terecht is m.v.o. geplaatst in boek 3 NBW, Vermogensrecht in het algemeen, daar m.v.o. zich ook bij andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten kan voordoen.

8. Alhoewel een enuntiatieve opsomming van omstandigheden van welke misbruik gemaakt kan worden, op zichzelf bij wijze van voorbeeld, juist is te achten, is een bezwaar tegen de opsomming in het NBW dat vrij willekeurig een aantal omstandigheden achter elkaar worden geplaatst. Een driedeling in misbruik van economisch overwicht, misbruik van noodtoestand en misbruik van geestelijk overwicht is zinvoller vanwege de uiteenlopende kenmerken van deze drie categorieën.

Van omstandigheden wordt misbruik gemaakt, indien iemand die wetenschap draagt van de omstandigheden, waarin de handelende verkeert, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hij op grond van hetgeen hij weet of moet begrijpen, rekening houdend met de wederzijdse belangen, daartoe in redelijkheid niet had kunnen komen. In de huidige tekst van art. 3.2.10, lid 4 wordt het begrip 'misbruik' niet, althans onvoldoende,

gedefinieerd. Het is van belang de grens te trekken tussen misbruik maken en geoorloofd gebruik maken van omstandigheden. Een criterium daartoe kan gevonden worden in een afweging van de wederzijdse belangen.

In art. 3.2.10, lid 4 wordt geen benadeling vereist voor de aanwezigheid van m.v.o. Naar mijn mening kan er van misbruik geen sprake zijn, zonder dat de rechtshandeling in enigerlei opzicht nadeel oplevert voor de handelende. Het misbruik, met andere woorden, de onredelijke belangenafweging, uit zich in de benadeling. Hierbij is echter geen bepaalde vorm of mate van nadeel vereist.

Summary

1. In this study an attempt is made to qualify the place of 'misbruik van omstandigheden' in Dutch law.

The present Civil Code contains no general provisions for m.v.o. This is not surprising as m.v.o. is a rather new concept.

Gradually the opinion has gained ground that a juridical act, done under the influence of m.v.o., has to be assailable on that cause. There is friction between the principle of legal security and that of equity. Stable commercial and social intercourse requires that one can trust in the validity of the word, once it is given.

However, there are exceptions to this rule. A juridical act can be done in such circumstances that one could not within reason rely on the validity of the given word. This is the case when certain circumstances will bring someone to a juridical act, on which realization the other party has misused those circumstances.

2. Several provisions in Dutch law are connected with m.v.o. This connection can be established particularly in the provisions concerning the contract of hire-purchase (1576-1576x Civil Code), the Interim-law hire-purchase immovables and the Colportage-law.

Only in one case does the legislator mention m.v.o. explicitly: article 225, subsection 1, book 1 Civil Code. It is not strange to find the term m.v.o. here, because the first book of the Civil Code is part of the New Civil Code (in which m.v.o. is inserted as a general imperfection of the consent in the at the time of writing not yet operative book 3).

One should consider, however, that an appeal based on m.v.o. on the ground of article 225, subsection 1, book 1 Civil Code is only possible, in the case that this influence has taken place during the minority of the actor.

3. The Bovag II-decision, 11-1-1957, NJ 1959, 37 can be considered as the beginning of a jurisprudence concerning m.v.o. Since this decision a deepening of the concept has taken place in jurisprudence.

The High Court always held to the construction which was chosen in the first decision: a contract can miss a lawful cause, when on its realization misuse of circumstances has taken place. This is not an elegant construction. The concept of 'cause' is overextended if one includes the circumstances in which a contract is

concluded. Neither the contents nor the tendency are by themselves unlawful.

Jurisprudence has gone far towards a clarification of the contents of the imperfection: particularly in the Buma/Brinkmann-decision the line between use and misuse is clarified. It can be distinctly observed that the accent is moving towards the elements 'misuse' and 'circumstances', while 'injury' takes a less central position.

4. The nullity-consequences of an unlawful cause are considered as an objection against this construction, particularly in the older literature. Generally, the idea that the misuser could also appeal on the nullity of a juridical act, is rejected. This objection is outdated. On several counts the thesis is endorsed that the effect of the nullity should not and need not extend beyond the purpose of the nullity. Regardless of which construction is chosen, m.v.o. leads to nullification of the juridical act, while only the actor can appeal on the nullity.

As for the extent of the nullity one can imagine such a diversity of cases that it should be considered separately on every occasion whether m.v.o. leads to general or partial nullity of the juridical act.

As a rule, conversion will be restricted with m.v.o. to mitigation of the obligation of the injured. Conversion without legal base is only possible, if the subjective will of a party is not considered as preponderating. As the existence of m.v.o. is focused on the protection of the injured, an objective criterion is necessary, in my opinion.

5. The theory of 'iustum pretium' as such is not accepted in Dutch law. Legal provisions which at first seem to point to the contrary, on closer examination mostly appear to rely on another underlying idea.

A certain connection can be observed between the principle of 'iustum pretium' and m.v.o. This is shown by the sentence of the High Court in the Bovag II-decision: the mere disproportion of achievements is of itself not enough to declare a clause contrary to good morals; but this would be possible in connection with added circumstances such as m.v.o.

While in the theory of 'iustum pretium' the most important element is the disproportion between mutual achievements, in the case of m.v.o. the accent lies on the inequality of the parties which are involved in the juridical act.

The original principle of 'iustum pretium' and m.v.o. are growing gradually further apart, because the requirement of injury, which is central in the theory of 'iustum pretium', is gradually being driven to the periphery in current jurisprudence and (future) legislation concerning m.v.o., while the elements 'misuse'

and 'circumstances' gain greater attention.

6. M.v.o. should be considered as an imperfection of the consent, standing alongside coercion, error and fraud, as it possesses such specific features that including it in any of the three classic 'imperfections of the consent' would extend the latter beyond their generally accepted limits.

The literature generally ascribes to m.v.o. the character of an 'imperfection of the consent', but considers this construction disallowed without a statutory regulation, because the view is held that imperfections of the consent are regulated limitatively in the current Civil Code. I do not share this opinion. Although extension of the imperfections of the consent beyond the legislation can encounter difficulties, there is an justification to proceed anticipating in this case, in which the imperfection is rather generally considered as, in essence, an imperfection of the consent and will be confirmed in this state in the New Civil Code. Considering recent decisions, it is otherwise not very likely, that the High Court will change its opinion in this matter.

7. M.v.o. is rightly inserted in book 3 New Civil Code - general property law -, because m.v.o. might occur with other juridical acts apart from contracts.

8. Although a non-limitative enumeration of the circumstances which can be misused is correct of itself, as a case in point, the enumeration in the New Civil Code encounters the difficulty of setting rather arbitrarily a number of circumstances one behind the other.

A tripartite division in misuse of economic preponderance, misuse of necessity and misuse of mental preponderance makes more sense on account of the divergent characteristics of those three categories.

Circumstances are misused if one who is aware of the circumstances of the actor promotes the realization of the juridical act, although he could not in reason achieve this, on grounds of what he knows or ought to know, taking into account the mutual interests.

In the present text of article 3.2.10, subsection 4, injury is not essential for m.v.o. In my opinion, however, there is no question of misuse without the juridical act, in one way or another, producing injury for the actor.

Misuse or - in other words - unreasonable weighing of interests expresses itself in the injury. However, no particular form or measure of injury is required.

Lijst van de belangrijkste geraadpleegde literatuur

- | | |
|-----------------------------|---|
| Abas, diss. | P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw, Amsterdam, 1972. |
| Asser, C. | Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. |
| Asser-Kamphuisen | Bijzondere overeenkomsten, bewerkt door P.W. Kamphuisen met medewerking van J. van Andel, 3e druk, Tjeenk Willink Zwolle, 1960. |
| Asser-Meijers-Van der Ploeg | Erfrecht, 8e druk, bewerkt door E.M. Meijers, bijgewerkt door P.W. van der Ploeg met medewerking van S. Perrick, Tjeenk Willink Zwolle, 1980. |
| Asser-De Ruiter | Personen- en familierecht, deel II, bewerkt door J. de Ruiter en J.K. Moltmaker, 10e druk, Tjeenk Willink Zwolle, 1976. |
| Asser-Rutten I | Verbintenissenrecht (De verbintenis in het algemeen), bewerkt door L.E.H. Rutten, 5e druk, Tjeenk Willink Zwolle, 1978. |
| Asser-Rutten II | Verbintenissenrecht (Algemene leer der overeenkomsten), bewerkt door L.E.H. Rutten, 5e druk, Tjeenk Willink Zwolle, 1979. |
| Asser-Rutten III | Verbintenissenrecht (De verbintenis uit de wet), bewerkt door L.E.H. Rutten, 5e druk, Tjeenk Willink Zwolle, 1979. |
| Bloembergen, A.R. c.s. | Contractenrecht, losbladige editie, onder redactie van A.R. Bloembergen en W.M. Kleijn, Kluwer, Deventer. |

Bloembergen, A.R.	Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerpboek 3 NBW, WPNR 5190.
Brakel, S. van	Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel, derde druk, Zwolle 1948.
Contractenrecht	Zie Bloembergen, A.R. c.s.
Drion, H.	Verbintenissenrecht. Nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak, WPNR 4609-4612.
Dunné, diss.	J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, Leiden 1971.
Eggens, J.	Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, WPNR 3629, 3630.
Eggens, J.	Iets over de verhouding van wet en recht in verband met 'ongerechtvaardigde verrijking' en misbruik van dwangpositie, WPNR 4704, 4705.
Eggens, J.	De vormen der vernietigbaarheid van overeenkomsten bij onbekwaamheid en wilsgebreken, WPNR 3637, 3638.
Eupen, Th. van	De leek en misbruik van omstandigheden, WPNR 4726.
Eupen, Th. van	Prof. Eggens en de leek, WPNR 4739.
Gras, F.A.J.	Standaardcontracten, Kluwer, Deventer, 1979.
Grinten, W.C.L. van der	Arbeidsovereenkomstenrecht, 12e druk, Samson Uitgeverij, Alphen aan de Rijn, 1979.
Grinten, W.C.L. van der	Conversie of aversie, NJB 1944, blz. 155.

- Groeneboom, diss. P. Groeneboom, De leer der laesio enormis en haar toepassing bij boedelscheiding, Utrecht 1942.
- Hartkamp, A.S. Misbruik van omstandigheden en benadeling, NJB 1972, blz.376.
- Hofmann-Abas L.C. Hofmann, Het Nederlandse verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen. deel I, tweede gedeelte, bewerkt door P. Abas, negende druk, Groningen, 1977.
- Hondius, diss. E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden, Leiden 1978.
- Kamphuisen, P.W. De leer van het iustum pretium herleefd, WPNR 3314 t/m 3316.
- Kamphuisen, P.W. De Hooge Raad aan het converteren, NJB 1944, blz.67.
- Klaassen-Eggens-Luijten Huwelijksgoederenrecht en erfrecht, eerste gedeelte: Huwelijksgoederenrecht door E.A.A. Luijten. met medewerking van M.J.A. van Mourik, 9e druk. Tjeenk Willink Zwolle, 1973.
- Levenbach, M. Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden, diss. Amsterdam, 1923.
- Luijten, E.A.A. Het personen- en familierecht in het nieuwe burgerlijk wetboek onder redactie van E.A.A. Luijten. Tjeenk Willink Zwolle, 1977.
- Meijers, E.M. Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeling van een der handelende personen, WPNR 3371, 3372.
- Nagelkerke, J.J. De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.- arrest, WPNR 5288.

- Nieuwenhuis, diss. J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van het contractenrecht, Leiden, 1979.
- Van Nispen tot Sevenaer, C.M.O. De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgeerige grondslag, Themis 1937, eerste stuk.
- Oven, J.C. van Is een wettelijke regeling gewenscht van de gevolgen van nietigheid eener overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak? HNJV 1937, blz.14 e.v.
- Petit, diss. C. Petit, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, Leiden, 1920.
- Pitlo-Bolweg A. Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht, bewerkt door M.F.H.J. Bolweg, 8e druk, Gouda Quint, Arnhem, 1979.
- Polak, C.H.F. Het geleide contract, rede 1947, Wageningen.
- Schellen, J. van Juridische causaliteit, Kluwer, Deventer, 1972.
- Schellen, J. van De analogie achteraf: een 'attractieve' hypothese inzake Buma/Brinkmann, WPNR 5091.
- Schilfgaarde, P. van Rechtsvraag Ars Aequi, AA XXI, 1972, blz.92.
- Scholten, diss. G.J. Scholten, De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, Amsterdam, 1934.
- Smulders, J.A.M. Gebruik en misbruik van omstandigheden, WPNR 5383.
- Stein, diss. P.A. Stein, Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen, Leiden 1957.

- | | |
|---------------------|---|
| Stein, P.A. | Misbruik van omstandigheden in het ontwerp BW, NJB 1972, afl. vijf. |
| Stoffels, P. | Huurkoop en afbetalingstransacties, serie Recht en Praktijk 8, 2e geheel herziene druk, 1974, Kluwer, Deventer. |
| Suijling, J.Ph. | Inleiding tot het burgerlijk recht, 2e stuk, 1e gedeelte, Haarlem, De Erven F. Bohn NV, 1934. |
| Tan Kian Lok, diss. | De woekerordonnantie 1938, Leiden, 1949. |
| Wolf, A.L. de | Veranderde omstandigheden, studiepocket privaatrecht, no.18, Tjeenk Willink Zwolle, 1979. |
| Zeben, diss. | C.J. van Zeben, De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden, Utrecht, 1960. |
| Zeben, C.J. van | Het verbod van schenkingen tussen echtgenoten, NJB 1961, blz.751 e.v. |

Rechtspraak

Hoge Raad

13 januari 1922,	NJ 1922, blz.316
21 januari 1926.	NJ 1926, blz.445
18 december 1941,	NJ 1942, 249
30 juni 1950,	NJ 1952, 36
8 december 1950,	NJ 1951, 489
6 juni 1956,	NJ 1957, 333
11 januari 1957,	NJ 1959, 37 , VR 1957, 33 AA VI, blz.181
26 februari 1960,	NJ 1965, 373
12 october 1961,	NJ 1963, 73
8 december 1961,	NJ 1962, 56
3 januari 1964,	NJ 1965, 16
29 mei 1964,	NJ 1965, 104, AA XIV, blz.235
17 november 1967,	NJ 1968, 62 , AA XVII, blz.32
22 december 1967,	NJ 1968, 222
24 mei 1968,	NJ 1968, 252, AA XVIII, blz.133
17 october 1969,	NJ 1970, 146
31 october 1969,	NJ 1970, 57
30 november 1970,	NJ 1971, 98
29 april 1971,	NJ 1972, 336, AA XX, blz.504
8 december 1972,	NJ 1973, 496
31 mei 1974,	NJ 1974, 435
15 november 1974,	NJ 1976, 122
13 juni 1975,	NJ 1976, 98
28 november 1975,	NJ 1976, 359, AA XXV, blz.343
9 december 1977,	NJ 1978, 187
18 februari 1978,	NJ 1978, 227
30 juni 1978,	NJ 1978, 610
2 november 1979,	NJ 1980, 429

Hof

Amsterdam, 28 maart 1935 ,	NJ 1936, 921
's-Gravenhage, 4 maart 1943 ,	NJ 1942, 602
Arnhem, 19 maart 1952 ,	NJ 1953, 470
's-Hertogenbosch, 3 maart 1959,	NJ 1959, 655
's-Hertogenbosch, 8 december 1959,	NJ 1961, 158

Arnhem, 8 november 1960 ,	NJ 1960, 384
Arnhem, 28 juni 1961 ,	SS 1961, 56
Amsterdam, 2 december 1965 ,	NJ 1966, 476
Amsterdam, 3 januari 1969 ,	NJ 1970, 89
's-Gravenhage, 18 januari 1973 ,	NJ 1973, 192

Rechtbank

Rotterdam, 17 maart 1913,	NJ 1913, blz.497
Amsterdam, 12 januari 1925,	NJ 1925, blz.900
Amsterdam, 21 juni 1926,	W 11661
's-Gravenhage, 21 juni 1927,	NJ 1928, blz.197
Arnhem, 26 november 1931,	NJ 1933, blz.254
Breda, 4 mei 1937,	NJ 1938, 714
Amsterdam, 20 juni 1939,	NJ 1940, 532
Rotterdam, 26 april 1940,	NJ 1940, 1043
Amsterdam, 29 januari 1941,	NJ 1941, 347
Amsterdam, 11 februari 1941,	NJ 1941, 340
Arnhem, 12 maart 1953,	NJ 1954, 270
Haarlem, 28 juni 1955,	NJ 1956, 370
Utrecht, 7 april 1961,	NJ 1962, 179
Rotterdam, 20 februari 1963,	NJ 1963, 382
's-Gravenhage, 2 augustus 1970,	NJ 1971, 440
Assen, 16 november 1971,	NJ 1972, 239
Utrecht, 12 juni 1974,	NJ 1975, 506
Rotterdam, 2 mei 1977,	NJ 1978, 153

Kantongerecht

Amsterdam, 4 november 1926,	NJ 1927, blz.300
Amsterdam, 27 juni 1931,	NJ 1931, blz.1588
Gulpen, 13 april 1932,	NJ 1933, blz.1082
Schiedam, 11 oktober 1932,	NJ 1933, blz.339
Amsterdam, 22 november 1934,	NJ 1935, blz.907
's-Gravenhage, 17 december 1937,	NJ 1939, 232
Helmond, 8 oktober 1954,	NJ 1955, 520
Leiden, 27 februari 1963,	De Praktijkgids 1964, blz.275

Curriculum vitae

Maria Helena Stephanie Lebens - De Mug

1952	geboren te Tegelen
1970	eindexamen gymnasium te Venlo
1975	doctoraalexamen rechtsgeleerdheid aan de Katholieke Universiteit Nijmegen
1975 - 1979	wetenschappelijk medewerkster burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen
1979 - 1981	juridisch medewerkster provincie Overijssel
1981 - heden	uocente recht aan de Christelijke HEAO te Zwolle.

Stellingen

1. Ten onrechte wordt algemeen gepersisteerd bij de aanduiding van een ministeriële verordening als 'Ministeriële Beschikking'.
2. De leemte in de Kieswet met betrekking tot een procedure regelende de intrekking van handtekeningen die onder invloed van valse voorwendzelen of pressie zijn verkregen, betekent een onvoldoende rechtsbescherming voor ondertekenaars van kandidatenlijsten.
3. Onvoldoende gemotiveerd wijkt de Minister van Justitie in zijn brief van 4 maart 1981 af van het door één van zijn ambtsvoorgangers in 1954 ingenomen standpunt dat overleg met de plaatselijke deken, voorafgaand aan jegens een advocaat te nemen justitiële maatregelen, deze in vergelijking met andere burgers in een min of meer bevoorrechte positie zou plaatsen.
Advocatenblad, 1 mei 1981, blz. 198 en 199.
4. De verantwoordingsplicht ex artikel 113 Provinciewet van een lid van gedeputeerde staten dat door provinciale staten tot commissaris in een vennootschap is benoemd, ten opzichte van dat provinciaal orgaan vindt zijn begrenzing in het bepaalde in artikel 140, lid 2, boek 2 NBW dat een commissaris zich dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
5. Een voldoende rechtsbescherming van de consument vereist dat de enkele verwijzing in een schriftelijk contract naar gedeponeerde Algemene Voorwaarden niet toereikend wordt geacht voor het aannemen van gebondenheid aan dergelijke bedingen.
6. De periode tussen het instellen van hoger beroep c.q. beroep in cassatie in strafzaken en de behandeling van dat beroep dient op straffe van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie aan een in tijdsduur uitgedrukte termijn te worden gebonden.

7. De terughoudendheid van de Centrale Raad van Beroep bij beoordeling van beschikkingen inzake functiewaardering maakt deze rechtsgang schier illusoir. Een kentering ten goede is te bespeuren in CRvB 24 december 1980, ARB 1981, 223.
8. Omstandigheden worden slechts dan misbruikt, indien de onder die invloed totstandgekomen rechtshandeling nadeel voor de handelende veroorzaakt.
9. Het gegeven dat de voorbereiding van een promotie is te kenschetsen als een vorm van academisch onderwijs kan als argument worden gehanteerd tegen de opvatting dat het vergoeden van slechts éénmaal de doordraaikosten voor het verplicht inleveren van 120 proefschriftexemplaren beschouwd dient te worden als misbruik van omstandigheden.
10. Een niet-uitputtend onderzoek van laatste stellingen leert dat daaruit vaak frustraties van de steller blijken. Op de schrijfster is deze stelling uiteraard niet van toepassing.

Deze stellingen behoren bij het proefschrift
Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden
van M.H.S. Lebens-de Mug

